

DANIEL WUNDER HACHEM

A CONCRETIZAÇÃO JURISDICIONAL DE DIREITOS FUNDAMENTAIS
Elementos para uma nova construção do mandado de injunção no direito
brasileiro

CURITIBA
2008

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO**

**A CONCRETIZAÇÃO JURISDICCIONAL DE DIREITOS FUNDAMENTAIS
Elementos para uma nova construção do mandado de injunção no direito
brasileiro**

Monografia apresentada pelo acadêmico Daniel Wunder Hachem ao Curso de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart
Co-orientadora: Prof^a Msc. Melina Girardi Fachin

**CURITIBA
2008**

TERMO DE APROVAÇÃO

Daniel Wunder Hachem

A CONCRETIZAÇÃO JURISDICIONAL DE DIREITOS FUNDAMENTAIS Elementos para uma nova construção do mandado de injunção no direito brasileiro

Monografia apresentada ao Curso de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná como requisito parcial para outorga do grau de Bacharel em Direito e aprovada pela seguinte banca examinadora:

Banca Examinadora

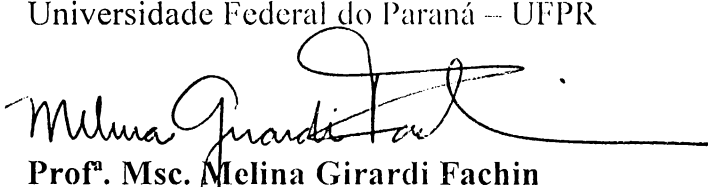
Orientador:



Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart

Professor Adjunto do Departamento de
Direito Civil e Processual Civil da
Universidade Federal do Paraná – UFPR

Co-orientadora:



Profª. Msc. Melina Girardi Fachin

Professora do Curso de Direito das
Faculdades Dom Bosco – FDB e da
UniBrasil



Profª. Dra. Flávia Cristina Piovesan

Professora nos Cursos de Graduação e
Pós-Graduação em Direito da Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo
PUC/SP e Pontifícia Universidade
Católica do Paraná – PUC/PR

Curitiba, 30 de outubro de 2008.

Dedico este trabalho,

*ao Grupo PET/Direito – UFPR, celeiro de
futuros grandes juristas, do qual sinto muito
orgulho de ter feito parte,*

*aos membros da gestão “Construção”
(CAHS 2007/2008), com quem aprendi que
nem todos os tijolos têm o mesmo tamanho,
mas que são justamente as imperfeições que
lhes promovem o encaixe perfeito, e que dão
sustentação a uma fortaleza.*

AGRADECIMENTOS

À minha mãe, Maria do Rocio Wunder Hachem, prova viva de que é possível amar mais ao outro do que a si mesmo, agradeço pela amizade sincera, pela dedicação integral, pela cumplicidade em todas as horas e pelo amor incondicional.

Ao meu pai, Daniel Hachem, com quem desde pequeno tento ser parecido (talvez desde que nasci, quando gentil e arriscadamente me emprestou o seu nome), agradeço por ter me propiciado todas as condições imprescindíveis para chegar até aqui, bem como pelo rigor da preparação para as provas da vida, sem o qual certamente não conseguirei, no futuro, alcançar a vitória.

À minha irmã, Laura Wunder Hachem, amiga em período diuturno e certamente, dentre todas, a pessoa que mais bem me conhece, agradeço pela responsabilidade de cuidar de mim quando mais precisei, e pelas aulas de português aos 4 anos de idade, sem as quais não conseguiria hoje escrever esta monografia.

À minha princesa, Indiara Liz, que todos os dias concretiza o meu direito fundamental à felicidade, agradeço por adoçar minha vida nos momentos mais amargos, pelo árduo trabalho de me auxiliar constantemente (do início ao fim!) nesta pesquisa, e pela inesgotável paciência naquelas horas em que a minha já estava mais do que esgotada.

Aos meus amigos, que sabem quem são, agradeço por não me deixarem afundar dentre os livros, por não desistirem de me ligar mesmo após reiterados “*não posso*”, e especialmente pela compreensão quando precisei me afastar das nossas boas risadas para redigir o texto que ora se apresenta.

Aos qualificados pesquisadores do Grupo PET/Direito – UFPR, agradeço pelos ricos debates travados dentro e fora dos nossos grupos de pesquisa, graças aos quais várias das idéias deste trabalho puderam ser amadurecidas e desenvolvidas.

Ao Partido Acadêmico Renovador, que nada mais é do que os próprios paristas em carne e osso, agradeço pelo companheirismo constante nas nossas lutas, pela determinante abertura de horizontes que somente a incansável militância no movimento estudantil é capaz de propiciar, e por conferir todo o sentido à minha passagem pela Faculdade de Direito da UFPR.

À Dra. Lillian da Rocha Pombo e ao Dr. Sergio Rocha Pombo, agradeço pela carinhosa acolhida em seu escritório, por todas as valiosas lições do “time” Rocha Pombo, e por toda a confiança em mim depositada.

Aos colegas do Bacellar & Andrade Advogados Associados, agradeço pelo estímulo sempre presente em nosso convívio diário, pelas importantes contribuições

bibliográficas dadas ao trabalho, e por tornarem mais agradável o meu dia-a-dia nesse ano tão atribulado.

Ao Professor Abili Lázaro Castro de Lima e ao Professor Celso Luiz Ludwig, agradeço pelo incentivo e apoio que sempre me proporcionaram na seara da pesquisa, durante toda a Faculdade.

Ao Professor Sérgio Cruz Arenhart, orientador deste trabalho, agradeço pelas discussões imprescindíveis para o desenvolvimento deste estudo, pelas sugestões oportunas, e por toda a disponibilidade em orientar esta monografia.

À Melina Girardi Fachin, amiga querida e co-orientadora desta pesquisa (e de tantas outras!), agradeço pelo estímulo aos estudos desde a monitoria em Direito Constitucional, pela especial atenção dedicada durante toda a construção da monografia, e por acreditar desde o começo na idéia deste singelo trabalho.

Ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho, referencial de grande jurista e professor em todas as acepções que essa palavra pode revelar, agradeço por todas as oportunidades, pelo apoio constante e irrestrito, pela inigualável generosidade, e, principalmente, pelas conversas cotidianas que, embora lhe devam parecer tão corriqueiras, a mim representam importantes e inesquecíveis ensinamentos.

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS.....	05
APRESENTAÇÃO.....	10
RESUMO.....	11
INTRODUÇÃO.....	12
ADVERTÊNCIA METODOLÓGICA: A relação de integração entre o direito material e o processo.....	17
PARTE I – INEFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, OMISSÕES ESTATAIS E O MANDADO DE INJUNÇÃO INTERPRETADO PELO STF: MORREU NA CONTRAMÃO ATRAPALHANDO O TRÁFEGO.....	20
CAPÍTULO I – Eficácia jurídica e aplicabilidade dos direitos fundamentais na Constituição de 1988.....	22
1.1. Direitos fundamentais, multifuncionalidade e a Constituição Federal de 1988.....	22
1.1.1. Os direitos fundamentais nos ordenamentos constitucionais contemporâneos.....	22
1.1.2. A multifuncionalidade dos direitos fundamentais.....	28
1.1.3. Direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988.....	31
1.2. Realização dos direitos fundamentais e dependência de regulamentação infraconstitucional.....	33
1.2.1. Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais.....	35
1.2.2. A aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.....	37
1.2.3. Mediações concretizadoras e regulamentação do exercício de direitos fundamentais.....	42
CAPÍTULO II – As omissões estatais e os instrumentos jurídico-processuais para suprir a inaplicabilidade de direitos constitucionais não regulamentados.....	47
2.1. Controle de constitucionalidade por omissão.....	47
2.2. Instrumentos jurídico-processuais aptos a corrigir a inconstitucionalidade por omissão.....	53
2.2.1. Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão.....	55
2.2.2. Mandado de injunção.....	61
2.3. O mandado de injunção e a interpretação do STF: reflexos de um paradigma em vias de superação.....	66

2.3.1. Origens do instituto.....	67
2.3.2. As correntes interpretativas na doutrina brasileira.....	70
2.3.3. O mandado de injunção interpretado pelo STF: <i>e se acabou no chão feito um pacote tímido</i>	73
PARTE II – A TRANSIÇÃO PARADIGMÁTICA DO ESTADO LEGISLATIVO AO ESTADO CONSTITUCIONAL E A CONCRETIZAÇÃO JURISDICCIONAL DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: <i>ERGUEU NO PATAMAR QUATRO PAREDES SÓLIDAS</i>	78
CAPÍTULO I – Alicerces para uma transição paradigmática: transformações na Filosofia do Direito, no Direito Constitucional, na concepção de jurisdição e no Direito Processual Civil	80
1.1. A transição paradigmática na Filosofia do Direito: do positivismo jurídico ao paradigma jurídico contemporâneo.....	87
1.2. A transição paradigmática no Direito Constitucional: da superioridade da lei à supremacia da Constituição.....	95
1.3. A transição paradigmática na concepção de jurisdição: do juiz <i>bouche de la loi</i> à jurisdição como meio de efetivação dos direitos fundamentais.....	104
1.4. A transição paradigmática no Direito Processual Civil: do processo neutro e abstrato às técnicas processuais adequadas à tutela do direito material.....	112
CAPÍTULO II – A concretização jurisdiccional de direitos fundamentais à luz das novas concepções de constituição, jurisdição, ação e processo	118
2.1. Incongruências entre a interpretação originária do STF quanto ao mandado de injunção e os cânones do Estado Constitucional....	118
2.2. Novos fundamentos para a identificação da técnica processual adequada à tutela dos direitos fundamentais não-regulamentados.....	122
PARTE III – UMA NOVA CONSTRUÇÃO DO MANDADO DE INJUNÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO: <i>TIJOLO COM TIJOLO NUM DESENHO MÁGICO</i>	128
CAPÍTULO I – A mudança de entendimento do STF sobre o mandado de injunção: <i>atravessou a rua com seu passo tímido</i>	129
CAPÍTULO II – A construção de uma nova configuração jurídica ao mandado de injunção: <i>tijolo com tijolo num desenho lógico</i>	136
2.1. Aplicabilidade, pressupostos de cabimento e âmbito de proteção.....	137
2.1.1. Aplicabilidade imediata do mandado de injunção.....	137

2.1.2. Pressupostos de cabimento do instituto e âmbito de proteção.....	138
2.2. Tutela jurisdicional pretendida e natureza jurídica da decisão.....	145
2.3. Legitimidade de partes.....	150
2.4. Efeitos da decisão proferida em sede de mandado de injunção.....	153
2.5. Procedimento e competência para julgamento do mandado de injunção.....	158
CONCLUSÃO.....	166
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	172

APRESENTAÇÃO

O presente trabalho é fruto de uma série de reflexões desenvolvidas durante a minha jornada na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, através das atividades de pesquisa e iniciação científica. Os temas da relação entre a justiça e o direito, da concretização da dignidade da pessoa humana, da efetividade dos direitos fundamentais, da legitimidade democrática do Poder Judiciário e das imbricadas relações entre o direito material e o processo, estiveram sempre presentes em tais reflexões, e, após diversas tentativas de identificar os contornos do paradigma jurídico em que vivemos no Estado brasileiro hodiernamente, as investigações trilharam o caminho que se perfilhará nas próximas páginas.

As diversas veredas possíveis, por mais variadas que possam vir a ser, devem sempre – como é óbvio – ter início em um ponto de partida. A premissa da qual se parte na jornada que ora se inicia revela-se na evidência de que o direito existe para se realizar. No entanto, pelo fato de a produção jurídica consistir no resultado dos embates travados pelas forças sociais, políticas e econômicas existentes em uma dada sociedade, em que acabam restando vitoriosas as pretensões das classes dominantes, não são poucos os direitos que, embora previstos pelo ordenamento jurídico, quedam inertes, silentes, adormecidos na letra da lei. Sejam quais forem as razões que suscitam este frustrante destino a tais direitos, sobretudo no que concerne aos direitos fundamentais, fato é que a dogmática jurídica contemporânea, especialmente quando construída sob a égide de um Estado Constitucional e Democrático de Direito, não pode ser conivente com a inefetividade dos direitos e garantias fundamentais assegurados pela ordem jurídico-constitucional.

Assim, o desenvolvimento deste estudo visa a investigar as formas como a dogmática jurídica constitucional e processual, pensadas a partir das bases de compreensão consolidadas pelo Estado Constitucional, podem responder de forma adequada ao problema da inefetividade dos direitos fundamentais, quando o seu exercício se apresentar impossibilitado em razão da falta de regulamentação infraconstitucional.

RESUMO

Um dos grandes problemas que se apresenta hodiernamente, no que tange à efetividade dos direitos fundamentais, reside na inércia dos Poderes Legislativo e Executivo em regulamentá-los, impedindo-os de produzir os seus efeitos. Não se pode, contudo, admitir que a omissão do Poder Público fulmine a força normativa das disposições constitucionais, sobretudo quando se tratar de direitos fundamentais, aos quais o constituinte atribuiu um regime jurídico reforçado, timbrado pela aplicabilidade imediata. Deve-se, nesses casos, buscar a tutela jurisdicional para garantir a efetividade dos direitos fundamentais não regulamentados. Para situações como essa, o constituinte muniu a sociedade com o mandado de injunção, ação constitucional que, durante muito tempo, teve seu potencial bélico esvaziado pelo STF, em razão de compreensões atreladas a paradigmas ultrapassados. Desta sorte, faz-se imperioso promover uma releitura do instituto no direito brasileiro, à luz das concepções de Constituição, jurisdição, ação e processo consolidadas com a transição paradigmática do Estado Legislativo para o Estado Constitucional. Somente assim, com fundamento nessas *quatro paredes sólidas*, é que se pode construir um novo mandado de injunção no direito brasileiro, colocando-se *tijolo com tijolo num desenho mágico* para, enfim, encontrar a técnica processual adequada à tutela jurisdicional dos direitos fundamentais não regulamentados.

Palavras-chave: concretização jurisdicional de direitos fundamentais; omissões estatais; mandado de injunção.

INTRODUÇÃO

O tema da inefetividade constitucional, notadamente em relação às normas que garantem direitos fundamentais, é assunto que tem merecido especial atenção da doutrina jurídica brasileira. Não obstante a Constituição brasileira de 1988 tenha sido batizada, desde o seu nascedouro, de “Constituição-Cidadã”¹, exatamente por centrar-se na pessoa humana² e pautar-se pela promoção da sua dignidade³, não são poucos os direitos fundamentais previstos em suas disposições que restaram enjaulados em normas de caráter abstrato, sem jamais alcançarem concretude na realidade fática de larga parcela da população brasileira⁴.

Por essa razão, a temática da efetivação das normas constitucionais ostenta extrema relevância na dogmática constitucional contemporânea, assumindo, contudo, dada a sua larga abrangência, proporções muito maiores do que as dimensões definidas para este trabalho. Certamente tal problemática não se resume ao campo dos direitos fundamentais, haja vista a vasta quantidade de normas constitucionais que, a par de garantirem direitos fundamentais, carecem de eficácia no plano fático. No entanto, pela necessidade de se delimitar a temática que fará parte desta investigação, limitar-se-á, num primeiro momento, a perquirir a efetivação das normas constitucionais garantidoras de direitos fundamentais. Num segundo momento, o imprescindível afinilamento temático afastará do âmbito desta pesquisa o estudo da efetivação de

¹ “Repito: essa será a Constituição cidadã, porque recuperará como cidadãos milhões de brasileiros, vítimas da pior das discriminações: a miséria.” GUIMARÃES, Ulysses. **A Constituição Cidadã**. Discurso pronunciado pelo Presidente da Assembléia Nacional Constituinte, Deputado Ulysses Guimarães, na Sessão 27 de julho de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_62/panteao/panteao.htm. Acesso em 06 ago. 2008.

² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. El procedimiento y el Proceso Administrativo em el Sistema Jurídico Brasileño. In: SALOMONI, Jorge Luis (org.); BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (org.); SESIN, Domingo Juan (org.). **Ordenamientos internacionales y ordenamientos administrativos nacionales**: jerarquia, impacto y derechos humanos. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006. p. 34.

³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 61.

⁴ Tome-se como exemplo, o direito à educação básica (educação infantil e ensino fundamental), previsto no art. 208, I e IV da Constituição Federal. Conquanto assegurado como direito fundamental (art. 6º, CF), em 2006 – quase vinte anos após a promulgação da Constituição – a taxa de escolarização dos brasileiros de 18 a 24 anos de idade não chegava a 32%. Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios 2005-2006. Disponível em: http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2006/sintese/tab3_10.pdf. Acesso em 06 ago. 2008.

direitos fundamentais já regulamentados, tema que não prescindiria da análise de questões como a colisão de direitos fundamentais, da eficácia dos direitos fundamentais entre particulares, e de tantos outros instigantes assuntos, que não serão tratados aqui.

A delimitação do objeto do presente estudo restringe-se, portanto, aos direitos fundamentais cuja previsão no texto constitucional revelou-se insuficiente pela falta de “*mediação concretizadora*”⁵ capaz de viabilizar a produção dos seus efeitos, o que muitas vezes acaba por tolher a sua efetivação prática. Desta feita, fixa-se a atenção no que se pode chamar de *concretização* dos direitos fundamentais, processo que se difere sutilmente da chamada *efetivação* de tais direitos. Embora tratadas, em geral, como expressões sinónimas, neste estudo elas serão concebidas como definidoras de processos conexos, porém distintos: a *efetivação* dirá respeito à realização do Direito, ao “*desempenho concreto de sua função social*”⁶, ao passo que a *concretização* consistirá no processo mediante o qual agrupam-se elementos necessários a trazer para a realidade fática a previsão normativa abstrata que garante determinado direito fundamental⁷. A *concretização*, assim, torna-se momento anterior e inexorável ao momento de *efetivação* dos direitos fundamentais, o que explica a conexão de ambos os processos, mas os distingue necessariamente.

Ocorre que os direitos fundamentais constituem *conditio sine qua non* do Estado Constitucional e Democrático de Direito⁸, podendo-se reconhecer um

⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1124.

⁶ O conceito de efetividade, que se identifica com a noção de eficácia social e se diferencia do conceito de eficácia jurídica – compreendida esta como aptidão da norma em produzir efeitos jurídicos –, foi delineado por Luís Roberto Barroso nos seguintes termos: “A efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social”. BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade das suas normas**. 8 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 82-83.

⁷ Na conceituação de J. J. Gomes Canotilho: “A concretização seria a «densificação», ou «processo de densificação» de normas ou regras de grande «abertura» — princípios, normas constitucionais, cláusulas legais indeterminadas — de forma a possibilitar a solução de um problema. Através da «especificação» de soluções ou da «tipificação» de regras jurídicas e movendo-se num certo espaço de «discrecionabilidade concretizadora», o juiz «clarificaria», de forma «produtiva» e «criadora», o sentido material dos preceitos abstractos na aplicação ao caso concreto”. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 321-322.

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 68.

intrínseco nexo de interdependência, genético e funcional, entre o Estado de Direito e os direitos fundamentais⁹. Desta sorte, a sua realização efetiva para além da previsão no texto constitucional impõe-se a todo custo, sob pena de se retirar a própria legitimidade do Estado contemporâneo.

Preocupado com o risco do não cumprimento das normas constitucionais, o constituinte de 1988 munuiu o cidadão com armas suficientemente poderosas para a defesa dos direitos constitucionalmente albergados, prevendo, no intuito de combater as omissões normativas infraconstitucionais, a garantia constitucional denominada “mandado de injunção”. Lamentavelmente, o potencial bélico deste importante instrumento foi, durante muito tempo, esvaziado pelo Supremo Tribunal Federal, aparentemente em razão de compreensões jurídico-políticas atreladas a paradigmas ultrapassados. Após vinte anos de acirrados debates doutrinários e jurisprudenciais¹⁰, a trajetória do referido instituto foi marcada por avanços e retrocessos, estando ainda a merecer tratamento adequado às concepções jurídicas contemporâneas, de modo a fornecer – no plano processual – solução idônea à situação jurídico-material que reclama a sua utilização: a existência de direitos constitucionais cujo exercício apresenta-se inviabilizado, em decorrência da falta de norma regulamentadora.

Para delinear o perfil do mandado de injunção de acordo com as hodiernas noções jurídicas fornecidas pelo Estado Constitucional, faz-se imprescindível, anteriormente, uma análise acurada da situação de direito material que lhe oferece ensejo, a partir da qual se revelarão os elementos inexoráveis à construção da técnica processual adequada à tutela dos direitos fundamentais não regulamentados. Nesse sentido, a primeira parte deste trabalho visa a analisar a problemática da realização dos direitos fundamentais no Estado brasileiro contemporâneo, mormente no que tange aos empecilhos trazidos pelas omissões estatais, bem como os instrumentos colocados pela Constituição Federal a serviço dos titulares de direitos fundamentais não regulamentados. Parte-se então para o estudo do mandado de injunção no direito

⁹ “el Estado de Derecho exige e implica para serlo garantizar los derechos fundamentales, mientras que éstos exigen e implican para su realización el Estado de Derecho”. LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Los derechos fundamentales**. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1995. p. 19.

¹⁰ Tais contraposições de idéias serão, de alguma forma, apresentadas ao longo do texto.

brasileiro, tal como foi configurado pela primeira interpretação que lhe conferiu o Supremo Tribunal Federal, e da disparidade entre essa construção interpretativa e os alicerces jurídicos atuais.

Em seguida, na segunda parte da monografia, busca-se investigar os contornos do Estado contemporâneo, e as consequências do hodierno paradigma de direito e de Estado no que diz respeito à concretização dos direitos fundamentais pelo Poder Judiciário e à configuração jurídica do mandado de injunção, compreendido como ação constitucional destinada à obtenção da tutela jurisdicional dos direitos fundamentais que reclamam regulamentação infraconstitucional para o seu exercício. Para tanto, será necessário analisar a forma como o direito, a Constituição, a jurisdição, a ação e o processo eram concebidos no Estado Legislativo, as mudanças engendradas nesses conceitos em função da transição paradigmática para o Estado Constitucional, e as repercussões que essa revolução perpetrrou no âmbito da concretização de direitos fundamentais pelo Poder Judiciário.

Finalmente, na terceira parte do trabalho, objetiva-se analisar os avanços da transformação do entendimento do STF quanto ao mandado de injunção, identificando as possíveis contribuições da Corte para a sua construção interpretativa conforme a evolução da sua trajetória e, por derradeiro, indicar, com base no desenvolvimento doutrinário, aportes para uma outra configuração jurídica possível do mandado de injunção no direito brasileiro, a partir do cotejo entre a situação de direito material que exige a sua utilização, a evolução da jurisprudência do STF quanto à interpretação do instituto e as novas bases de compreensão instauradas com o surgimento do Estado Constitucional.

Se a aproximação entre o discurso teórico e a prática efetiva dos direitos fundamentais pode ser encarada como a busca pela *ilha desconhecida*, em que o instrumental jurídico fornecido pelo ordenamento afigura-se como o *barco*, assumimos neste momento a posição de artífice jurídico e o desafio de auxiliar na construção de um novo *barco*, perquirindo as técnicas processuais adequadas à consecução do

objetivo almejado: o cumprimento exitoso da jornada em direção à efetivação dos direitos fundamentais¹¹.

¹¹ Aceitamos aqui o convite de Melina Girardi Fachin, de encarar a realização prática dos direitos fundamentais como “a ilha desconhecida” e o instrumental teórico propiciado pelo Direito como “o barco” – mecanismo de aproximação entre o discurso teórico e a prática efetiva de tais direitos. A autora, em sua obra, promove uma interlocução entre Direito e Literatura, partindo do *Conto da Ilha Desconhecida*, do autor português José Saramago, para problematizar o hiato entre a construção teórica e a real efetivação dos direitos humanos e fundamentais. FACHIN, Melina Girardi. **Direitos humanos e fundamentais: do discurso teórico à prática efetiva** – um olhar por meio da literatura. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2007, *passim*.

ADVERTÊNCIA METODOLÓGICA: A relação de integração entre o direito material e o processo

Antes de adentrar na investigação do tema que constitui o objeto deste trabalho, faz-se necessário estabelecer a premissa metodológica da qual se partirá para o estudo da concretização jurisdicional dos direitos fundamentais e do mandado de injunção no direito brasileiro. Como a adoção dessa premissa permeará todas as partes da pesquisa e influirá nas posturas e sendas eleitas, revela-se desde já importante a sua compreensão, para que possa ser apreendida a proposta metodológica do trabalho como um todo.

A realização da justiça, a partir do momento em que o Estado adquiriu a força necessária para definir normas jurídicas e impor a sua observação, deixou de ser promovida pelo próprio particular que possuía um interesse e o protegia com base na “*justiça do mais forte sobre o mais fraco*”¹². O Estado assumiu o monopólio da jurisdição, proibindo a chamada autotutela¹³ e oferecendo, em compensação, o direito de recorrer à justiça promovida pelo Estado, também denominado de direito de ação¹⁴.

Sob essa perspectiva, sempre que o titular de um direito deparar-se com uma situação de desrespeito ao seu direito material, poderá lançar mão do aparelho estatal para obter a proteção jurisdicional adequada. Para tanto, justamente por vedar a utilização de qualquer forma particular de resolução jurisdicional de conflitos¹⁵, o Estado, como contrapartida, deverá prever todas as técnicas processuais idôneas à satisfação dos direitos violados, de modo a corresponder à realização da justiça

¹² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento**. 5. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 31.

¹³ Termo aqui compreendido como a busca pela justiça realizada pelo próprio particular interessado, mediante a força ou o poder, sem a tutela prestada pelo Estado.

¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento**. 5. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 31. Segundo os autores, a consolidação da “justiça pública” e a proibição da autotutela ocorreu no direito romano no período denominado *cognitio extra ordinem*.

¹⁵ É pertinente registrar que a arbitragem não constitui forma de resolução *jurisdicional* de conflitos. O exercício da jurisdição é exclusivo do Estado, de modo que arbitragem configura mero exercício de uma faculdade que está nas mãos das partes como corolário do princípio da autonomia da vontade. Consoante assinala Luiz Guilherme Marinoni, “a Lei da Arbitragem teve apenas o propósito de regular uma forma de manifestação da vontade, o que nada tem a ver com as essências da jurisdição e da arbitragem” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. São Paulo: RT, 2006. p. 147). A idéia é desenvolvida pelo autor nas páginas 147 a 153 da obra citada.

privada que foi proibida ao particular, titular do direito. Significa dizer que sobre o Estado passa a recair o dever de prestar a tutela jurisdicional efetiva ao direito material, ao qual corresponde o direito fundamental do cidadão à efetividade da tutela jurisdicional.

Ocorre que a tutela prestada pela jurisdição, no plano processual, só poderá lograr efetividade quando estiver atenta às necessidades no âmbito do direito material. O processo não pode ser pensado como algo completamente autônomo em relação ao direito material, pois dessa forma acabará por se afastar das exigências que as situações jurídico-substanciais demandam. Daí porque afirmar-se que *“é fundamental conhecer as necessidades do direito material, que nada mais são do que os resultados jurídico-substanciais que o processo deve proporcionar para que os direitos sejam efetivamente protegidos. Tais resultados constituem as chamadas ‘tutelas dos direitos’”*¹⁶

Tendo em vista que o processo deve ser estruturado de acordo com as necessidades do direito material¹⁷, vale dizer, de modo a atender às tutelas dos direitos, os contornos dos instrumentos processuais previstos pelo ordenamento jurídico devem sempre ser interpretados no sentido de satisfazer da forma mais efetiva a proteção dos direitos. Quer-se com isso dizer que o processo não possui qualquer serventia se for compreendido como algo indiferente ao direito material, devendo, pelo contrário, ser entendido como *“técnica processual destinada à efetividade dos direitos”*¹⁸.

Se por um lado o processo não pode ser concebido como uma técnica afastada da realidade refletida pelo direito material, por outro o estudo do direito material despreocupado com o prisma processual apresenta-se, muitas vezes, insuficiente para se alcançar a sua efetividade. Essa constatação se revela de forma particularmente expressiva na seara dos direitos fundamentais. Os estudiosos da dogmática constitucional muitas vezes atribuem maior importância à análise das situações jurídico-substanciais que residem no seio do tecido constitucional do que à investigação acerca dos instrumentos processuais colocados à disposição pelo

¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: RT, 2004. p. 29.

¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. Cit.*, p. 28.

¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Idem, Ibidem*.

constituente para a realização efetiva dos direitos constitucionalmente previstos. Outras vezes, em que pese dirijam suas atenções aos referidos instrumentos, fazem-no unicamente sob a ótica do direito constitucional, esquecendo-se das valiosas contribuições que a dogmática processual tem trazido ao tema da concretização jurisdicional dos direitos fundamentais.

O presente trabalho, no intuito de não incorrer no equívoco de pensar tão-somente nas técnicas processuais de maneira separada das necessidades do direito material, bem como de não voltar-se unicamente ao exame do direito constitucional sob a perspectiva substancial, adota como pressuposto metodológico a *relação de integração* entre o direito material e o processo¹⁹. Parte, assim, da compreensão do processo como componente imprescindível à efetiva realização do direito material, razão pela qual buscará durante todo o seu desenvolvimento conjugar a análise das exigências reclamadas pela situação de direito material com as técnicas processuais adequadas à satisfação das aludidas necessidades na esfera substancial.

Nesse influxo, a pesquisa acerca da concretização jurisdicional dos direitos fundamentais carentes de regulamentação infraconstitucional e do mandado de injunção como instrumento processual apto à tutela de tais direitos será realizada com fulcro na relação de integração entre o direito material e o processo, procurando-se contribuir para a construção de uma nova configuração jurídica ao instituto a partir das exigências que os direitos fundamentais não regulamentados demandam, de modo a emprestar-lhes a máxima efetividade.

¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Idem*, p. 27.

PARTE I – INEFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, OMISSÕES ESTATAIS E O MANDADO DE INJUNÇÃO INTERPRETADO PELO STF: MORREU NA CONTRAMÃO ATRAPALHANDO O TRÁFEGO

Os direitos fundamentais, em que pese tenham assumido um papel de primordial relevância nos Estados contemporâneos, recebendo atenção reforçada pelo constituinte brasileiro de 1988²⁰, não conseguiram alcançar de forma satisfatória a sua efetividade²¹. Conquanto não se possa deixar de reconhecer os significativos avanços perpetrados pela doutrina e jurisprudência pátrias nesta seara, é preciso reconhecer que a impossibilidade do exercício de determinados direitos estabelecidos pela Constituição constitui um sério problema na realidade brasileira, ocasionado pela omissão do Poder Público em implementar a sua regulamentação mediante atos administrativos e legislação infraconstitucional.

A omissão estatal passa a configurar um dos obstáculos à realização de tais direitos, criando-se um cenário no qual avulta a emergência de se criar mecanismos capazes de corrigir a inação do Estado, de maneira a propiciar a fruição dos efeitos do direito pelo seu titular. O texto constitucional promulgado em 1988 previu dois instrumentos destinados a este desiderato: a ação direta de inconstitucionalidade por omissão²² – ferramenta de fiscalização abstrata de constitucionalidade; e o mandado de

²⁰ De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet, ao referir-se ao cuidado do constituinte de 1988 para com os direitos fundamentais, “é possível afirmar-se que, pela primeira vez na história do constitucionalismo pátrio, a matéria foi tratada com a merecida relevância. Além disso, inédita a outorga aos direitos fundamentais, pelo direito constitucional positivo vigente, do *status* jurídico que lhes é devido e que não obteve o merecido reconhecimento ao longo da evolução constitucional”. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 73.

²¹ Reflexo desse quadro revela-se na afirmação já clássica de Norberto Bobbio, ao assinalar que “O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de *justificá-los*, mas o de *protegê-los*. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”. BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 24. Entretanto, no caso dos direitos fundamentais, a positividade não é suficiente para assegurar a sua efetivação, de modo que a própria proteção de tais direitos demanda uma fundamentação que a legitime, uma vez que “a fundamentação racional possui uma força persuasiva, uma cogência, que naturalmente dá sustentação à atividade de efetivação” (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático*. In: **Arquivos de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 19).

²² Art. 103, § 2º, da CF: “Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”.

injunção – ação constitucional assegurada entre os direitos e garantias fundamentais do art. 5º²³.

Este segundo, o qual atrai as principais atenções deste estudo, durante muitos anos recebeu tratamento ingrato pela Corte Suprema, ficando impedido de cumprir a sua função de combater de modo efetivo o silêncio transgressor²⁴ do Poder Público. Com a interpretação dada originariamente pelo STF, conforme se observará no momento oportuno²⁵, o mandado de injunção *morreu na contramão* da evolução da dogmática constitucional, *atrapalhando o tráfego*²⁶ das propostas jurídicas de efetivação dos direitos fundamentais.

A primeira parte deste trabalho tem por escopo observar atentamente o panorama em que se situa a problemática da inefetividade dos direitos fundamentais em face das omissões estatais, para então prosseguir em busca dos mecanismos adequados a promover a sua realização prática, entre eles o mandado de injunção.

²³ Art. 5º, LXXI, da CF: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

²⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 346.

²⁵ Parte I, Capítulo II, Tópico 2.3., Sub-tópico 2.3.3.

²⁶ Trecho da música *Construção*, composta por Chico Buarque de Holanda. HOLANDA, Chico Buarque. **Construção**. Canção interpretada pelo compositor. Álbum: Construção. Direção de Produção e Estúdio: Roberto Menescal. Direção de Musical: Magro. Estúdio Phonogram, 1971.

CAPÍTULO I – Eficácia jurídica e aplicabilidade dos direitos fundamentais na Constituição de 1988

Tendo em vista que o tema desta monografia concentra-se na concretização jurisdicional dos direitos fundamentais, mostra-se relevante traçar uma breve exposição acerca da inserção desses direitos no ordenamento jurídico brasileiro e da problemática da sua aplicabilidade²⁷. É preciso realçar alguns aspectos da teoria dos direitos fundamentais que possuem substancial importância para a adequada compreensão do assunto.

Isso porque, como já mencionado, a perquirição das respostas processuais aos problemas ligados à efetivação dos direitos fundamentais demanda uma análise atenta de determinados pontos insuficientemente enfatizados pela doutrina ao cuidar do tema, razão pela qual se passa agora a discutir as premissas basilares que posteriormente constituirão o fundamento das conclusões do trabalho.

1.1. Direitos fundamentais, multifuncionalidade e a Constituição Federal de 1988

1.1.1. Os direitos fundamentais nos ordenamentos constitucionais contemporâneos

As Cartas Constitucionais dos Estados Democráticos contemporâneos, além de organizar o exercício do poder político estatal²⁸, definem os direitos fundamentais dos cidadãos²⁹. Tais direitos nascem em determinadas circunstâncias históricas, marcadas

²⁷ Ressalte-se que de forma alguma se pretende esgotar a profunda e extensa temática dos direitos fundamentais. A análise que se busca empreender cinge-se às questões de fundo que se apresentam essenciais ao enfrentamento do tema central, objeto da pesquisa.

²⁸ “Historicamente, mesmo antes de sua formulação sistematizada em um documento escrito, estes eram os únicos aspectos versados nas leis de natureza constitucional. A constituição compunha-se, tão-somente, de elementos orgânicos. Não foi senão após a Revolução Francesa que a elas se incorporou um elemento novo: os direitos fundamentais”. BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade das suas normas**. 8 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 91.

²⁹ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas constitucionais programáticas: normatividade, efetividade, operacionalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 52.

por “*lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, (...) de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas*”³⁰.

Embora tenham sofrido a influência das doutrinas jusnaturalistas surgidas a partir do século XVI³¹, a origem dos direitos fundamentais tal como são conhecidos nos dias atuais deita raízes nos processos revolucionários do século XVIII³². O seu reconhecimento na esfera do direito positivo deu-se a partir dos documentos normativos expressos na forma de declarações de direitos, tais como a *Bill of Rights* de 1776 e a célebre Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, fruto das conquistas obtidas pelos burgueses com a Revolução Francesa³³.

O processo de absorção dos direitos plasmados nessas declarações pelas Constituições dos Estados modernos significou uma ampliação da sua proteção no âmbito interno, cuja forma e grau de efetivação apresenta variações conforme a natureza, o conteúdo e a forma de positivação de tais direitos nas Constituições.

Os primeiros direitos recepcionados pelas declarações ao longo do século XVIII, e conseqüentemente pelas Constituições promulgadas desde então, foram os chamados direitos individuais de liberdade ou direitos de defesa³⁴, assim considerados aqueles que, para a sua realização, demandam uma abstenção, um não-agir estatal, uma não-ingerência na esfera individual do seu titular, ditos direitos de primeira geração³⁵, produto do pensamento liberal-burguês. Nas palavras de Luís Roberto Barroso:

³⁰ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 5.

³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.*, p. 44.

³² Aduz Antonio Enrique Pérez Luño que o termo “direitos fundamentais” (*droits fondamentaux*) surge na França nos idos de 1770, em meio ao movimento político e cultural que rendeu ensejo à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Cf. LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Los derechos fundamentales**. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1995. p. 29.

³³ Sobre a formação e evolução histórica dos direitos fundamentais, ver LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Op. Cit.*, p. 29-43 e SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.*, p. 44-52.

³⁴ ALEXYY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 165.

³⁵ “Os direitos da primeira geração são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente”. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 563. Para uma crítica à utilização do termo “geração” de direitos fundamentais, por suscitar a falsa impressão da substituição paulatina de uma geração por outra, sugerindo a substituição pela expressão “dimensão”, de modo a ilustrar o caráter de complementaridade de tais

Os direitos individuais, freqüentemente denominados liberdades públicas, são a afirmação jurídica da personalidade humana. Talhados no individualismo liberal e dirigidos à proteção de valores relativos à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, contêm limitações ao poder político, traçando a esfera de proteção jurídica do indivíduo em face do Estado³⁶.

Já no desenrolar no século XIX, com as conseqüências da industrialização, caracterizada por graves problemas econômicos e sociais, somadas à percepção de que a liberdade e igualdade concebidas sob um ponto de vista formal eram insuficientes para o gozo efetivo dos direitos³⁷, o Estado sofre uma reconfiguração, passando-se de um modelo Liberal para o modelo de Estado Social³⁸. Nesse período, surgem movimentos reivindicatórios de novos direitos, que se convencionou denominar de direitos fundamentais de segunda geração, direitos sociais³⁹ ou direitos a prestações⁴⁰, os quais requerem ações positivas dos Poderes Públicos para a sua satisfação, incumbindo ao Estado a função de propiciar aos cidadãos condições materiais que lhes permitam exercer efetivamente as liberdades fundamentais⁴¹. Sobre eles, refere-se Paulo Bonavides: *“São os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX”*.⁴²

direitos, ver SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 52-54. No mesmo influxo, BONAVIDES, Paulo. *Op. Cit.*, p. 571-572.

³⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade das suas normas**. 8 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 96-97.

³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.*, p. 55.

³⁸ O tema será trabalhado com maior profundidade da Parte II, Capítulo I. Sobre a passagem do Estado Liberal ao Estado Social, ver BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

³⁹ “Os direitos econômicos, sociais e culturais, identificados, abreviadamente, como direitos sociais, são de formação mais recente, remontando à Constituição mexicana, de 1917, e à de Weimar, de 1919. Sua consagração marca a superação de uma perspectiva estritamente liberal, em que se passa a considerar o homem para além de sua condição individual”. BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade das suas normas**. 8 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 97.

⁴⁰ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 171.

⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 204. Fazendo uma contraposição entre a primeira e a segunda geração ou dimensão de direitos, aduz Flávia Piovesan: “Frise-se que, enquanto os direitos clássicos do Liberalismo eram direitos à proteção e à limitação jurídica do poder, os direitos sociais são direitos à promoção, direitos que apontam à organização da solidariedade. Se no Estado liberal buscava-se fazer valer direitos contra o Poder Público, no Estado Social insurgem-se direitos ante o Poder Público”. PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. 2. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 36.

⁴² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 564.

Com o passar dos anos e com o aumento da complexidade entre as relações humanas e as relações do homem com a natureza, no fim do século XX começam a ser reconhecidos direitos fundamentais cuja titularidade não recai sobre o indivíduo, mas sim sobre uma coletividade, tais como os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento e ao meio-ambiente⁴³. São os chamados direitos de terceira geração, ou direitos de fraternidade ou de solidariedade⁴⁴.

Contemporaneamente, a referência às gerações ou dimensões de direitos⁴⁵ tem função meramente didática, não devendo ser compreendida como alusão à substituição de uma geração por outra⁴⁶, haja vista a relação de complementaridade entre todos os direitos, que de modo gradual e cumulativo passaram a ser reconhecidos pelos ordenamentos jurídico-constitucionais. O que importa ressaltar é o papel de centralidade e primordial relevância dos direitos fundamentais nos Estados Democráticos de Direito.

Nos dizeres de Ingo Wolfgang Sarlet, a “*história dos direitos fundamentais é também uma história que desemboca no surgimento do moderno Estado constitucional*”, uma vez que a essência e a razão de ser desse modelo estatal encontra-se exatamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais⁴⁷. Paralelamente à forma de Estado, ao sistema de governo e à organização do poder, os direitos fundamentais compõem o cerne do Estado Constitucional, configurando não somente parte da Constituição formal, “*mas também elemento nuclear da Constituição material*”⁴⁸.

Tal importância conferida aos direitos fundamentais justifica-se pelo fato de representarem o conjunto de valores ou decisões axiológicas básicas de uma

⁴³ BONAVIDES, Paulo. *Op. Cit.*, p. 569.

⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.*, p. 56.

⁴⁵ Há ainda parcela da doutrina que menciona uma quarta geração de direitos fundamentais, à qual estariam relacionados direitos como o direito à democracia, o direito ao pluralismo e o direito à informação. Cf. BONAVIDES, Paulo. *Op. Cit.*, p. 571.

⁴⁶ Joaquín Herrera Flores afirma não existirem gerações de direitos, mas sim gerações de problemas e violações de direitos: “no hay generaciones de derechos, hay generaciones de problemas que nos obligan a ir adaptando y readaptando nuestros anhelos y necesidades a las nuevas problemáticas” (FLORES, Joaquín Herrera. *Hacia una visión compleja de los derechos humanos*. In: ____ [coord.]. *El vuelo de Anteo: derechos humanos y crítica da la razón liberal*. Bilbao: Desclee, 2000. p. 44.)

⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.*, p. 42.

⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.*, p. 67.

sociedade⁴⁹, revestidas da máxima normatividade de que gozam as disposições constitucionais. Vale dizer, os direitos fundamentais constituem “*os pressupostos do consenso sobre o qual se deve edificar qualquer sociedade democrática*”⁵⁰, o que lhes atribui um conteúdo legitimador das formas constitucionais do Estado de Direito. Eles imprimem a substância axiológica que deve obrigatoriamente marcar um Estado material de Direito, em que a mera existência de determinadas formas e procedimentos atinentes à organização do poder e às competências dos órgãos estatais não se afigura suficiente para a garantia da legitimidade estatal, tornando-se necessário fixar metas, parâmetros e limites da atividade do Estado, a partir dessa vinculação de cunho substancial⁵¹.

Assim, os direitos fundamentais, por constituírem a principal garantia com que contam os cidadãos de um Estado de Direito de que o sistema jurídico-político se orientará no sentido da promoção da dignidade da pessoa humana⁵², desencadeiam uma eficácia dirigente sobre todos os órgãos do Poder Público, fazendo espargir uma ordem dirigida à sociedade e ao Estado como um todo, incumbindo-lhes a obrigação constante de realizá-los em sua máxima potencialidade⁵³.

Nesse contexto, os direitos fundamentais podem ser considerados a partir de duas perspectivas distintas: uma subjetiva, referente à posição jurídica subjetiva assumida pelo titular do direito, que pode ser reclamada em juízo; e outra objetiva, concernente ao sistema axiológico por eles composto, que funciona como fundamento material da ordem jurídica⁵⁴, espalhando seus efeitos sobre todo o ordenamento. A perspectiva objetiva⁵⁵ dos direitos fundamentais exsurge da constatação de que, além de impor determinadas prestações positivas e negativas aos poderes estatais e à

⁴⁹ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Op. Cit.*, p. 21-22.

⁵⁰ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Op. Cit.*, p. 21.

⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.*, p. 68 e 70.

⁵² LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Op. Cit.*, p. 20-21.

⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.*, p. 163.

⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.*, p. 70.

⁵⁵ Prefere-se aqui o termo “perspectiva objetiva” à expressão “dimensão objetiva”, para que não haja confusão com o termo “dimensão de direitos fundamentais” utilizado por Ingo Sarlet e Paulo Bonavides como substitutivo da expressão “gerações de direitos fundamentais”.

sociedade, eles consagram os principais valores em uma comunidade política⁵⁶, irradiando seus efeitos para todas as direções do sistema jurídico e deixando de constituir meros limites ao agir estatal para se transformar em verdadeiro norte da atuação do Legislativo, Executivo e Judiciário.

Do reconhecimento da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais decorrem algumas significativas conseqüências, tais como: (i) atribui-se uma função autônoma às normas que prevêem direitos subjetivos, transcendendo o conteúdo subjetivo-individual e aquilatando outros conteúdos normativos e distintas funções aos direitos fundamentais⁵⁷; (ii) a sua eficácia deixa de ser concebida somente sob o prisma individual, passando a ser vislumbrada a partir do ponto de vista da comunidade na sua totalidade, recaindo sobre todos os direitos fundamentais uma natureza transindividual⁵⁸; (iii) passam a exercer uma eficácia irradiante, incidindo sobre a interpretação de todas as normas constitucionais e infraconstitucionais, condicionando todo o processo hermenêutico e funcionando como um filtro para a aplicação do direito⁵⁹; (iv) impõem deveres de proteção, obrigando o Estado a salvaguardar os indivíduos, por meio de providências normativas, administrativas e materiais, contra danos e lesões que possam vir a sofrer em decorrência da atuação de terceiros⁶⁰ (poderes públicos ou particulares).

No que diz respeito à perspectiva subjetiva, os direitos fundamentais ensejam ao seu titular a possibilidade de postular judicialmente a sua tutela em face do destinatário, formando-se uma relação trilateral entre o titular, o objeto (prestação) e o destinatário do direito⁶¹. Contudo, insta consignar que os direitos fundamentais

⁵⁶ SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: MELLO, Celso de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo. **Arquivos de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 64-65.

⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.*, p. 159.

⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.*, p. 162.

⁵⁹ SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: MELLO, Celso de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo. **Arquivos de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 80-81.

⁶⁰ SARMENTO, Daniel. *Op. Cit.*, p. 92. Como exemplo, pode-se citar os arts. 7º, inc. XXVII (proteção contra a automação) e art. 7º, inc. XX (proteção do mercado de trabalho da mulher) da Constituição Federal.

⁶¹ Luís Roberto Barroso, asseverando ser válida a aplicação da categoria “direito subjetivo” aos direitos previstos constitucionalmente, assinala as características essenciais do direito subjetivo: “a) a ele corresponde sempre um *dever jurídico* por parte de outrem; b) ele é *violável*, vale dizer, pode ocorrer que a parte que tem o dever jurídico, que deveria entregar uma determinada prestação, não o faça; c) violado o dever jurídico nasce para o seu titular uma *pretensão*, podendo ele servir-se dos mecanismos coercitivos e sancionatórios do Estado,

subjektivos comportam um leque de variações no tocante ao seu grau de exigibilidade judicial, levando em consideração a sua função, seu conteúdo e sua forma de positivação, tema sobre o qual doravante se passará a debruçar.

1.1.2. A multifuncionalidade dos direitos fundamentais

Na visão de Robert Alexy, os direitos fundamentais devem ser encarados como feixes de posições jusfundamentais, ou seja, é preciso observar cada direito fundamental como um “direito fundamental como um todo”⁶². O autor parte da premissa de que os direitos fundamentais são multifuncionais⁶³, não se podendo lhes associar somente uma função; a cada direito fundamental podem ser agregadas variadas funções, servindo a função primordial por ele exercida como critério para classificá-lo.

Para Alexy, conforme a sua principal função, os direitos fundamentais se classificam em dois grandes grupos: direitos de defesa e direitos a prestação. Estes últimos, por sua vez, dividem-se em direitos a prestações fáticas (ou direitos a prestação em sentido estrito) e em direitos a prestações normativas (ou direitos fundamentais em sentido amplo). Os direitos fundamentais em sentido amplo dividem-se em direitos à proteção e direitos à participação na organização e no procedimento⁶⁴.

O professor alemão ilustra bem a multifuncionalidade dos direitos fundamentais ao exemplificar com o direito fundamental ao meio-ambiente hígido:

O direito fundamental ao meio ambiente responde bem àquilo que antes de denominou «direito fundamental como um todo». Está constituído por um conjunto de posições de tipos muito diferentes. Assim, quem propõe o estabelecimento de um direito fundamental ao meio ambiente, ou sua inclusão interpretativa às disposições de direito fundamental existentes pode, por exemplo, incluir neste conjunto ou feixe de posições, um direito à que o Estado omita determinadas intervenções no meio ambiente

notadamente por via de uma ação judicial”. BARROSO, Luís Roberto. A doutrina brasileira da efetividade. In: BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 74.

⁶² ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 214.

⁶³ Tal aspecto é ressaltado por Ingo Sarlet, ao mencionar que “várias das normas definidoras de direitos fundamentais exercem simultaneamente duas ou mais funções, sendo, neste sentido, inevitável alguma superposição”. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 184.

⁶⁴ Esquemáticamente: (1) Direitos fundamentais como direitos de defesa; (2) Direitos fundamentais como direitos a prestações; (2.1) Direitos a prestações fáticas (sentido estrito); (2.2) Direitos a prestações normativas (sentido amplo); (2.2.1) Direitos à proteção; (2.2.2.) Direitos à participação na organização e procedimento.

(direito de defesa), um direito a que o Estado proteja o titular do direito fundamental frente a intervenções de terceiros que lesionem o ambiente (direito de proteção), um direito a que o Estado permita ao titular do direito participar de procedimentos relevantes para o meio ambiente (direito ao procedimento) e um direito a que o próprio Estado empreenda medidas fáticas, tendentes a melhorar o ambiente (direito a uma prestação fática)⁶⁵.

Embora o autor classifique os direitos fundamentais de acordo com a sua função predominante, o que poderia levar ao equívoco de se pensar que ele não exerceria outras funções que não aquela primordial, a menção à sua classificação é válida para pensarmos nos diferentes papéis que tais direitos podem exercer, o que acaba por demandar tratamento diverso aos casos de inefetividade, conforme a função que estiver em foco. Observe-se então que a referência à classificação de Alexy é feita com a consciência dos problemas, da complexidade e das dificuldades dela decorrentes, mas é empregada na medida em que pode ser útil para a fixação de parâmetros para a sua interpretação e para a determinação do regime jurídico aplicável em cada caso⁶⁶.

A função de defesa dos direitos fundamentais liga-se à perspectiva adotada pelos já mencionados direitos de liberdade, ou de primeira geração ou dimensão. Diz respeito à proibição de interferência indevida na esfera particular do seu titular, seja em decorrência de ações do Poder Público, seja de sujeitos privados. Pelo fato de vincular-se a uma das primeiras funções reconhecidas aos direitos fundamentais, são múltiplos os mecanismos colocados à disposição dos seus titulares pelo ordenamento jurídico para proteger a função de defesa desses direitos. Pode-se citar como exemplo o *habeas corpus*⁶⁷ e o mandado de segurança⁶⁸, ambos assegurados na forma de garantias fundamentais pelo art. 5º da Constituição Federal.

⁶⁵ “El derecho fundamental al medio ambiente responde más bien a aquello que antes se denominó «derecho fundamental como un todo». Está constituido por un conjunto de posiciones de tipos muy diferentes. Así, quien propone el establecimiento de un derecho fundamental al medio ambiente, o su adscripción interpretativa a las disposiciones de derecho fundamental existentes puede, por ejemplo, incluir en este conjunto o haz de posiciones, un derecho a que el Estado omita determinadas intervenciones en el medio ambiente (derecho de defensa), un derecho a que el Estado proteja al titular del derecho fundamental frente a intervenciones de terceros que dañen el ambiente (derecho de protección), un derecho a que el Estado permita participar al titular del derecho en procedimientos relevantes para el medio ambiente (derecho al procedimiento) y un derecho a que el propio Estado emprenda medidas fáticas, tendientes a mejorar el ambiente (derecho a una prestación fática)”. (Tradução livre). ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 392.

⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.*, p. 176.

⁶⁷ Art. 5º, inc. LXVIII: “conceder-se-á ‘habeas corpus’ sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”

A faceta prestacional dos direitos fundamentais revela-se nas posições jurídicas que impõem ao Estado a persecução de determinados objetivos⁶⁹, exigindo-se a criação dos pressupostos fáticos e jurídicos necessários para o exercício dos direitos. O aspecto prestacional pode se apresentar de variadas formas, conforme a natureza da prestação exigida pela norma de direito fundamental. Poderão ser prestações em sentido estrito, englobando os direitos do indivíduo frente ao Estado a algo que, se ele possuísse meios financeiros suficientes e se encontrasse no mercado uma oferta suficiente, poderia obter também dos particulares⁷⁰, tais como o direito fundamental à educação e à saúde. No campo desses direitos parece morar a situação mais problemática no que toca à sua efetividade, sobretudo em função da dificuldade relativa à escassez de recursos⁷¹.

As ações positivas exigidas por esses direitos poderão, por outro lado, constituir prestações no sentido amplo, também compreendidas como prestações normativas. São os direitos à elaboração de normas pelo Poder Público, necessárias à proteção de determinados bens jurídicos (direitos de proteção) ou à criação de organizações e procedimentos que auxiliem na promoção e na proteção dos direitos fundamentais (direitos à participação na organização e no procedimento).

A função de proteção, como já visto, decorre da própria perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, a qual impõe aos Poderes Públicos o dever de protegê-los contra ações de terceiros⁷². São diversos os bens que podem exigir proteção jusfundamental, tais como a saúde, a vida, a dignidade e a liberdade, e são variadas as formas mediante as quais o Estado promoverá essa proteção (v.g., normas de direito penal, de direito civil, de direito processual e de direito administrativo)⁷³. Quanto à

⁶⁸ Art. 5º, inc. LXIX: “conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por ‘habeas-corpus’ ou ‘habeas-data’, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”

⁶⁹ ALEXY, Robert. *Op. Cit.*, p. 393.

⁷⁰ ALEXY, Robert. *Op. Cit.*, p. 443.

⁷¹ Sobre o tema, ver AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. e BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

⁷² ALEXY, Robert. *Op. Cit.*, p. 398.

⁷³ Importa assinalar a distinção entre a função de defesa e a função de proteção dos direitos fundamentais. Enquanto a primeira impõe ao Estado o dever de omitir intervenções, a segunda outorga-lhe o encargo de

função de participação na organização e procedimento, parte-se do pressuposto de que *“a fruição de diversos direitos fundamentais não se revela possível ou, no mínimo, perde em efetividade, sem que sejam colocados à disposição prestações estatais na esfera organizacional e procedimental”*⁷⁴. É o caso do direito fundamental ao sufrágio universal e ao voto direto e secreto: não se pode exercitar o direito de votar previsto pelo art. 14 da CF se o Estado não propiciar a previsão normativa da organização e do procedimento eleitoral.

Levando em consideração a diversidade de funções que podem ser reveladas pelos direitos fundamentais e a variação que essa distinção pode implicar no seu grau de exigibilidade judicial, impende observar o tratamento dado a esses direitos pela Constituição Federal de 1988, para então lançar os olhares ao tema da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais.

1.1.3. Direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988

Consoante já se pôde afirmar, a Lei Fundamental de 1988 trouxe significativos avanços na seara dos direitos fundamentais, mormente se for comparada ao texto constitucional positivo anterior. Ingo Sarlet estende três das características consensualmente reconhecidas à Constituição de 1988 ao seu título dos direitos fundamentais, a saber: seu caráter analítico (vasto número de dispositivos), seu pluralismo (conciliando interesses e reivindicações nem sempre harmoniosos entre si) e seu forte cunho programático e dirigente (grande quantidade de disposições dependentes de regulamentação infraconstitucional, definindo programas, fins, tarefas e diretrizes a serem perseguidos pelo Poder Público)⁷⁵.

Contudo, ainda que tenha reunido diversas disposições definidoras de direitos fundamentais no Título II da CF (Dos direitos e garantias fundamentais), não se pode dizer que o constituinte encerrou um sistema separado e fechado de direitos

impedir, por meio de prestações positivas, que terceiros pratiquem intervenções indevidas. Cf. ALEXY, Robert. *Op. Cit.*, p. 404

⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.*, p. 214.

⁷⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.*, p. 75-76.

fundamentais na Constituição de 1988⁷⁶. A Lei Maior adotou um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais, não os restringindo àqueles previstos no seu Título II.

Os direitos definidos no Título II da Constituição seriam os direitos fundamentais em sentido formal, compreendidos como as posições jurídicas da pessoa que, por expressa opção do constituinte, foram albergadas no catálogo dos direitos fundamentais⁷⁷. Assim, por conta da decisão do legislador constituinte, nos quatro capítulos situados dentro do Título II da Constituição⁷⁸ podem ser encontrados direitos fundamentais de todas as dimensões ou gerações, aptos a exercerem as mais diversas funções, conforme as variações aludidas no tópico anterior.

No entanto, para além dos direitos fundamentais em sentido formal, a Constituição reconheceu a existência de direitos fundamentais concebidos em sentido material, cujo conteúdo e importância, por ligarem-se à estrutura básica do Estado e da sociedade⁷⁹, podem ser equiparados aos direitos formalmente materiais, ainda que estejam previstos fora do catálogo arrolado no Título II.

A previsão da abertura material do catálogo de direitos fundamentais encontra-se no art. 5º, §2º da CF, expressa através da seguinte redação: “§ 2º - *Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*”.

A Constituição pátria, a partir dessa disposição, consagra a existência de direitos fundamentais situados em outras partes do texto constitucional (ou mesmo fora dele, como nos casos de tratados internacionais) e de direitos fundamentais não-escritos, podendo ser deduzidos dos seus princípios fundamentais, do regime por ela adotado ou dos próprios direitos fundamentais situados no catálogo.

Nada obstante a abertura e a flexibilidade da forma como os direitos fundamentais foram previstos pela Lei Suprema, pode-se identificar em dois elementos

⁷⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.*, p. 82.

⁷⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.*, p. 92.

⁷⁸ Capítulo I – “Dos direitos e deveres individuais e coletivos”, Capítulo II – “Dos direitos sociais”, Capítulo III – “Da nacionalidade” e Capítulo IV – “Dos direitos políticos”.

⁷⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.*, p. 86.

essenciais a unidade em torno da qual gravitam esses direitos no nosso ordenamento: a proteção contra a ação erosiva do legislador (que lhes é conferida pelo art. 60, §4º, IV, da CF, por constituírem cláusulas pétreas) e o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais (art. 5º, §1º, da CF)⁸⁰.

Dessa constatação não se pode deduzir que todos os direitos fundamentais possam ser aplicados e protegidos da mesma forma, embora todos eles estejam sob a guarda de um regime jurídico reforçado, conferido pelo legislador constituinte. São justamente as peculiaridades da aplicação desse regime de acordo com a natureza, a função e a forma de positivação dos direitos fundamentais que engendram acirradas polêmicas no campo doutrinário e jurisprudencial, o que impõe a direção das atenções deste estudo ao campo da eficácia jurídica e aplicabilidade das normas constitucionais.

1.2. Realização dos direitos fundamentais e dependência de regulamentação infraconstitucional

Após a observância acerca das diferentes funções que podem assumir os direitos fundamentais, cumpre analisar as repercussões que a sua forma de positivação no texto constitucional suscitam no campo da sua realização.

Determinados direitos fundamentais são previstos em disposições constitucionais dotadas de alta densidade normativa, é dizer, em enunciados normativos caracterizados por um alto grau de determinação, e portanto aptos a produzir seus efeitos essenciais diretamente, sem a intervenção de uma regulamentação do legislador ordinário⁸¹ ou da Administração Pública⁸². A doutrina costuma associar essa característica aos direitos fundamentais ditos de primeira

⁸⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.*, p. 85.

⁸¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 268.

⁸² Pode-se mencionar, por exemplo, o direito à liberdade de expressão, estabelecido pelo art. 5º, IV, da CF: “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”.

geração ou direitos de defesa, com base na suposição de que a mera abstenção estatal é suficiente para que os seus efeitos sejam alcançados no plano fático⁸³.

Em contrapartida, podem ser encontrados no texto constitucional direitos fundamentais definidos em normas caracterizadas por uma baixa densidade normativa, necessitando de concretizações no plano infraconstitucional para poderem engendrar seus principais efeitos⁸⁴, embora apresentem sempre certa dose de eficácia jurídica⁸⁵.⁸⁶ A essa situação, a doutrina em geral afirma enquadrarem-se os direitos fundamentais de segunda geração ou direitos a prestações, pressupondo-se a necessidade de ações positivas dos Poderes Públicos para a sua satisfação⁸⁷.

Entretanto, uma apreciação atenta da temática da densidade normativa das disposições constitucionais definidoras de direitos fundamentais parece desfazer essa correlação entre alta densidade/direitos de defesa e baixa densidade/direitos a prestações. Para tanto, impõe-se o exame prévio da teoria da aplicabilidade das normas constitucionais em geral, para em seguida adentrar nas especificidades das normas que prevêem direitos fundamentais.

⁸³ Advertência assinalada por Gustavo Amaral. Cf. AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 60.

⁸⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 268.

⁸⁵ V.g. art. 5º, VII da CF: “é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva”

⁸⁶ “As normas constitucionais sempre produzem uma ‘eficácia jurídica de vinculação’ (decorrente da vinculação dos poderes públicos à Constituição), e, por isso, contam com aptidão para deflagrar, pelo menos, os seguintes resultados: (i) revogam (invalidação decorrente de inconstitucionalidade superveniente) os atos normativos em sentido contrário; (ii) vinculam o legislador, que não pode dispor de modo oposto ao seu conteúdo (servem como parâmetro para a declaração de inconstitucionalidade do ato contrastante); (iii) ‘conferem direitos subjetivos negativos ou de vínculo (poder de se exigir uma abstenção ou respeito a limites)’. Esta é a dimensão negativa da eficácia mínima produzida pelas normas constitucionais, mesmo as inexecutáveis por si mesmas. Mas elas operam, igualmente, uma eficácia positiva. Em virtude da ‘eficácia de vinculação’, as normas: (i) informam o sentido da Constituição, definindo a direção do atuar do operador jurídico no momento da interpretação e da integração da Constituição (identificando-se o Estatuto Constitucional com um sistema, a rede de significação definidora do seu sentido – conteúdo – é formada por todas as normas constitucionais, inclusive, as de eficácia limitada); e (ii) condicionam o legislador, reclamando a concretização (realização) de suas imposições; se nem sempre podem autorizar a substituição do legislador pelo juiz, podem, por vezes, autorizar o desencadear de medidas jurídicas ou políticas voltadas para a cobrança do implemento, pelo legislador, do seu dever de legislar”. CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 320-321.

⁸⁷ Cf. AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 60.

1.2.1. Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais

Considerando as peculiaridades e diferenciações relativas ao grau de aplicabilidade das normas constitucionais⁸⁸, a doutrina buscou reuni-las em grupos distintos, mediante classificações que, via de regra, utiliza(va)m como critério de análise o aspecto da sua eficácia jurídica⁸⁹. A concepção clássica quanto à aplicabilidade das normas constitucionais no Brasil foi trazida por Rui Barbosa, que, inspirado na doutrina norte-americana encabeçada por Thomas M. Cooley⁹⁰, distinguia as normas constitucionais em auto-aplicáveis (*self executing*) e não auto-aplicáveis (*non self executing*).

Essa primeira concepção, acolhida durante muitos anos pelo direito pátrio⁹¹, entendia como auto-aplicáveis as normas constitucionais que não requerem qualquer complementação no plano infraconstitucional para serem aplicadas, e como normas não auto-aplicáveis aquelas que dependem de complementação legislativa para produzirem seus efeitos⁹². Tal entendimento, embora reconhecesse a força imperativa das normas constitucionais, partia da premissa de que a maior parte dessas disposições requeria a intervenção do legislador infraconstitucional para ser aplicável, o que correspondia à realidade das Constituições de matriz liberal, afastando-se do contexto contemporâneo, em que adquire importância a natureza programática de parcela das

⁸⁸ Fato que não lhes retira, de forma alguma, a nota de suprema imperatividade ou força normativa. Nesse sentido, FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas constitucionais programáticas**: normatividade, efetividade, operacionalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 80.

⁸⁹ Sobre a relação entre eficácia jurídica e aplicabilidade, ver a clássica formulação de José Afonso da Silva: “eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais são fenômenos conexos, aspectos talvez do mesmo fenômeno, encarados por prismas diferentes: aquela como potencialidade; esta como realizabilidade, praticidade. Se a norma não dispõe de todos os requisitos para sua aplicação aos casos concretos, falta-lhe a eficácia, não dispõe de aplicabilidade. Esta se revela, assim, como possibilidade de aplicação. Para que haja esta possibilidade, a norma há que ser capaz de produzir efeitos jurídicos.”. SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 60.

⁹⁰ BARROSO, Luís Roberto. A doutrina brasileira da efetividade. In: BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 64.

⁹¹ Entre os seus adeptos encontra-se Pontes de Miranda, que sugeriu nova terminologia para a classificação das normas constitucionais, distinguindo-as em normas constitucionais bastantes em si mesmas (que não dependem de complementação legislativa para produzirem seus efeitos) e normas constitucionais não bastantes em si mesmas (dependentes de concretização por parte do legislador para alcançarem sua plena eficácia). Cf. MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967 (Com a Emenda nº 1 de 1969)**. v. I. 2. ed. São Paulo: RT, 1970. p. 126.

⁹² BARBOSA, Rui. **Commentários à Constituição Federal Brasileira**. v. II. São Paulo: Saraiva & Cia, 1933. p. 488-489.

normas constitucionais, que determinam aos Poderes Públicos uma atuação positiva na seara socioeconômica⁹³. A crítica quanto à insuficiência dessa teoria no tocante às normas programáticas é registrada por Regina Ferrari, com a ressalva da necessidade de compreensão da realidade histórica em que foi construída:

Isso posto, é preciso reconhecer que difícil é localizar, na teoria clássica norte-americana, a importância e eficácia das normas programáticas reveladoras de valores que possibilitam a realização de ideais políticos e sociais, voltados para a concretização do bem comum. Porém, não se deve olvidar que a doutrina clássica não conhecia os direitos sociais e econômicos, sociais e culturais, tais como os contemplados pelas constituições atuais e que os direitos de liberdade e igualdade, conhecidos à época, eram previstos por meio de normas auto-aplicáveis.⁹⁴

Posteriormente, adotando o pressuposto de que todas as normas constitucionais revestem-se de eficácia jurídica vinculante, surge a proposta classificatória de João Horácio Meirelles Teixeira, dividindo os mandamentos constitucionais em normas de eficácia plena e normas de eficácia limitada ou reduzida⁹⁵. Ao final da década de 60, apresenta-se pela primeira vez a clássica sistematização de José Afonso de Silva, largamente difundida pela doutrina e tribunais pátrios até os dias atuais, classificando de forma tricotômica as normas constitucionais quanto à sua eficácia⁹⁶.

O autor, aprofundando e desenvolvendo o tema, classificou as normas constitucionais em: (a) normas de eficácia plena⁹⁷ – capazes de, por si só e desde a sua entrada em vigor, produzirem seus principais efeitos; (b) normas de eficácia contida⁹⁸ – aptas a produzirem seus efeitos essenciais, mas passíveis de restrição pelo legislador; (c) normas de eficácia limitada – caracterizadas essencialmente pela sua aplicabilidade indireta e reduzida, por não terem recebido do legislador constituinte a normatividade

⁹³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 259-260.

⁹⁴ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Op. Cit.*, p. 102.

⁹⁵ A proposta de classificação do autor pode ser encontrada em TEIXEIRA, João Horácio Meirelles. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. p. 317 e ss.

⁹⁶ A obra encontra-se atualmente em sua 7ª edição: SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

⁹⁷ “aquelas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem, ou têm a possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular”. SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 101.

⁹⁸ “aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do poder público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nela enunciados” SILVA, José Afonso da. *Op. Cit.*, p. 116.

suficiente para serem diretamente aplicáveis e produzirem seus efeitos primordiais, carecendo, para tanto, de intervenção legislativa⁹⁹.

Parece, no entanto, que grande parte das classificações das normas constitucionais elaboradas pela doutrina brasileira¹⁰⁰ acabou passando ao largo do tratamento específico da eficácia dos direitos fundamentais¹⁰¹. Em razão disso, as especificidades acerca da aplicabilidade dos direitos fundamentais foram envolvidas pelas brumas do senso comum teórico que se formou sobre a eficácia das normas constitucionais em geral e sobre a aplicabilidade dos direitos fundamentais em particular. Faz-se necessário, por conseguinte, buscar esclarecer as particularidades pertinentes à temática da aplicabilidade dos direitos fundamentais, à luz do princípio da aplicabilidade imediata consagrado pelo art. 5º, §1º da CF.

1.2.2. A aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais

O §1º do art. 5º da Constituição Federal dispõe que “*As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*”. O aludido dispositivo encontrou diferentes interpretações na doutrina brasileira.

Em um dos extremos, defende Eros Roberto Grau: “*Dizer que um direito é imediatamente aplicável é afirmar que o preceito no qual inscrito é auto-suficiente; que tal preceito não reclama – porque dele independe – qualquer ato legislativo ou administrativo que anteceda a decisão na qual se consume a sua efetividade*”.¹⁰²

Ora, com base na norma em questão e na classificação das normas constitucionais proposta por José Afonso da Silva, poder-se-ia pensar, em um primeiro momento, que todos os direitos fundamentais são definidos por normas de eficácia plena, que não carecem de regulamentação infraconstitucional para gerarem seus

⁹⁹ SILVA, José Afonso da. *Op. Cit.*, p. 117-166.

¹⁰⁰ Outras propostas metodológicas foram elaboradas após a contribuição de José Afonso da Silva; contudo, para não escapar do objeto principal deste trabalho, remete-se à leitura das seguintes obras: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Eficácia das Normas Constitucionais sobre a Justiça Social. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 57/58, 1981; BASTOS, Celso Ribeiro; BRITTO, Carlos Ayres. *Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1982; DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

¹⁰¹ Constatação feita por Ingo Wolfgang Sarlet. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 273.

¹⁰² GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica da Constituição de 1988*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 318-319.

efeitos. Porém, assim não o é, havendo determinados direitos fundamentais cujo exercício demanda mediações concretizadoras, eis que a sua previsão constitucional não contém os elementos mínimos indispensáveis que lhe possam conferir pronta aplicabilidade.

Talvez por essa razão, no outro extremo, Manoel Gonçalves Ferreira Filho sustenta que a norma sob exame não pode contrariar a “natureza das coisas”, restando inviável a aplicação imediata de todo e qualquer direito ou garantia fundamental, de modo que parcela desses direitos só alcançará sua eficácia nos termos e na medida da lei¹⁰³.

Situando-se em posição intermediária, e levando em conta que os direitos fundamentais podem estar previstos em normas que não reclamam concretização para produzir seus efeitos, ou em normas que carecem de uma *interpositio legislatoris* para serem plenamente aplicadas, Ingo Wolfgang Sarlet atribui sentido diverso ao dispositivo em discussão. Tomando como base a distinção entre disposições constitucionais de alta e baixa densidade normativa, o autor conclui que o art. 5º, §1º da CF contém uma norma de cunho principiológico¹⁰⁴, no sentido conferido ao termo por Robert Alexy¹⁰⁵, constituindo um mandado de otimização cuja função seria estabelecer aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais¹⁰⁶. A norma da aplicabilidade imediata não incidiria consoante a

¹⁰³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, nº 29, 1988. p. 35.

¹⁰⁴ Por opção metodológica, não se adentrará neste trabalho na discussão em torno das distinções entre princípios e regras, cabendo apenas mencionar a compreensão de ambos como espécies do gênero “norma jurídica”, com todas as implicações que tal concepção acarreta na seara jurídico-normativa. Para um aprofundamento em relação a essa distinção, ver ALEXY, Robert. *Op. Cit.*, p. 63-150; DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 23-72. Na doutrina brasileira, não se pode deixar de mencionar a interessante contraposição de idéias entre ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. e SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. 2005. 370f. Tese apresentada para o concurso de provas e títulos para provimento do cargo de Professor Titular. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 49-77. Ver, ainda, sobre o tema da eficácia jurídica dos princípios constitucionais, BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

¹⁰⁵ Na conceituação do autor, “los *principios* son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son *mandatos de optimización*, que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales, sino también de las jurídicas.” ALEXY, Robert. *Op. Cit.*, p. 67-68.

¹⁰⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.*, p. 288.

lógica do “tudo-ou-nada”, como se regra fosse¹⁰⁷, ficando o seu alcance (*quantum* em aplicabilidade e eficácia) na dependência das peculiaridades da norma de direito fundamental em questão (ressaltando-se que em favor de sua aplicação milita sempre a presunção de plenitude eficaz¹⁰⁸). Entendimento semelhante é compartilhado por Flávia Piovesan¹⁰⁹.

Outro posicionamento, ao que tudo indica fundamentado nas dificuldades enfrentadas quanto à aplicação direta de direitos fundamentais que têm por objeto prestações estatais, é advogado por Sérgio Fernando Moro, lastreado no entendimento de João Pedro Gebran Neto¹¹⁰. De acordo com o autor, a melhor interpretação ao art. 5º, § 1º da CF é aquela segundo a qual o dispositivo teria o condão de autorizar o juiz a suprir eventuais omissões do Poder Público para aplicar imediatamente as normas de direito fundamental, restringindo-se, contudo, em razão da sua localização topográfica, aos direitos arrolados no art. 5º, “*em sua maioria compostos de liberdades, direitos de defesa e de participação*”¹¹¹. Quanto à aplicação dos demais direitos fundamentais, situados fora do catálogo do art. 5º, não incidiria a disposição insculpida no art. 5º, § 1º da CF, mas sim o princípio da máxima efetividade, norteador de toda a interpretação constitucional¹¹².

Conforme mencionado anteriormente, este último posicionamento parece alinhar-se ao pensamento que contrapõe as normas definidoras de direitos de defesa ou direitos de liberdade, entendidas como normas de eficácia plena, às normas que

¹⁰⁷ No sentido atribuído ao termo por Ronald Dworkin. Cf. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39.

¹⁰⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.*, p. 289.

¹⁰⁹ PIOVESAN, Flávia. *Op. Cit.*, p. 105 e 107.

¹¹⁰ GEBRAN NETO, João Pedro. **A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais**: a busca de uma exegese emancipatória. São Paulo: RT, 2002.

¹¹¹ MORO, Sérgio Fernando. **Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 72-73.

¹¹² Sobre a incidência do referido dispositivo sobre os direitos fundamentais situados fora do art. 5º da CF, compartilhamos com o entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet, quando afirma que: “Em que pese a circunstância de que situação topográfica do dispositivo poderia sugerir uma aplicação da norma contida no art. 5º, par. 1º, da CF, apenas aos direitos individuais e coletivos (a exemplo do que ocorre com o par. 2º do mesmo artigo), o fato é que este argumento não corresponde à expressão literal do dispositivo, que utiliza a formulação genérica ‘direitos e garantias fundamentais’, tal como consignada na epígrafe do Título II de nossa Lex Suprema, revelando que, mesmo em se procedendo a uma interpretação meramente literal, não há como sustentar uma redução do âmbito de aplicação da norma a qualquer das categorias específicas de direitos fundamentais consagradas em nossa Constituição, nem mesmo aos – como já visto, equivocadamente designados – direitos individuais e coletivos do art. 5º”. SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.*, p. 278. No mesmo sentido, PIOVESAN, Flávia. *Op. Cit.*, p. 106-107.

prevêem direitos a prestações, compreendidas como normas de eficácia limitada. A partir dessa contraposição, procura-se demonstrar que os direitos de defesa não dependem de regulamentação e intervenção estatal, pois requerem apenas uma abstenção do Estado, enquanto os direitos a prestações, por demandarem ação estatal, têm sua eficácia jurídica comprometida¹¹³. Entretanto, tal contraposição ignora a multifuncionalidade dos direitos fundamentais, que podem assumir ora a função positiva, ora a função negativa¹¹⁴. Do mesmo modo que um direito de defesa pode ter uma dimensão positiva, um direito prestacional pode apresentar uma dimensão negativa¹¹⁵. Desta sorte, como bem esclarece Virgílio Afonso da Silva,

*não existe norma constitucional que não dependa de algum tipo de regulamentação e que não seja suscetível de algum tipo de restrição. Assim, se a distinção entre as normas de eficácia plena e as normas de eficácia limitada reside na necessidade, no caso das segundas, de atuação estatal no sentido de lhes completar a eficácia, a distinção cai por terra se se aceita que, da mesma forma que todas as normas estão sujeitas a restrição, todas elas dependem, também, de regulamentação*¹¹⁶.

Depreende-se daí que mesmo os direitos de defesa podem reclamar interposição legislativa para que possam ser exercitados, uma vez que a necessidade de regulamentação pode ser expressa no texto constitucional ou implícita¹¹⁷. Tome-se como exemplo o já referido direito ao sufrágio universal e ao voto direto e secreto (art. 14, CF). Conquanto se afigure como um direito político, previsto em dispositivo constitucional considerado por muitos como norma de eficácia plena, seu exercício não pode ser assegurado sem a criação e a manutenção de seções eleitorais e de juntas de apuração, sem a elaboração de uma legislação eleitoral e partidária que impeça

¹¹³ Advertência feita por Virgílio Afonso da Silva. Cf. SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**. 2005. 370f. Tese apresentada para o concurso de provas e títulos para provimento do cargo de Professor Titular. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 306; e por AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 60.

¹¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 222

¹¹⁵ KRELL, Andreas J. Controle Judicial dos Serviços Públicos Básicos na base dos Direitos Fundamentais Sociais. In: Ingo Wolfgang Sarlet. (Org.). **A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 39.

¹¹⁶ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**. 2005. 370f. Tese apresentada para o concurso de provas e títulos para provimento do cargo de Professor Titular. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 304-305.

¹¹⁷ SOUZA, Luciane Moessa de. **Normas constitucionais não-regulamentadas: instrumentos processuais**. São Paulo: RT, 2004. p. 81.

fraudes, entre outras¹¹⁸. No mesmo influxo, afigura-se o direito de propriedade (art. 5º, XXII, CF). Não obstante considerado como direito de defesa, ou direito de primeira geração, que exige a não interferência na esfera individual do seu titular, sua plena eficácia depende de normas de direito civil, tal como as disposições da Lei de Registros Públicos, do Código Civil, entre outras, sem as quais não se poderia garantir a fruição dos efeitos pretendidos pela norma que o prevê¹¹⁹.

Destarte, pode-se inferir que, *“se toda norma garantidora de direitos fundamentais necessita, para produzir todos os efeitos a que se propõe, de algum tipo de regulamentação, a distinção entre normas de eficácia plena e normas de eficácia limitada perde o seu sentido”*¹²⁰. Por conseguinte, no que concerne aos direitos fundamentais, seja qual for a sua natureza, o seu exercício pode depender de regulamentação infraconstitucional¹²¹. Assim, no âmbito dos direitos fundamentais a melhor forma de classificar as disposições constitucionais que os definem parece ser aquela que as distingue entre normas de alta densidade normativa e normas de baixa densidade normativa, proposta nos seguintes termos por Ingo Wolfgang Sarlet:

Em face do exposto, pode-se falar em normas constitucionais de alta densidade normativa, que, dotadas de suficiente normatividade, se encontram aptas a, diretamente e sem a intervenção do legislador ordinário, gerar seus efeitos essenciais (independentemente de uma ulterior restringibilidade), bem como em normas constitucionais de baixa densidade normativa, que não possuem normatividade suficiente para – de forma direta e sem uma *interpositio legislatoris* – gerar seus efeitos principais, ressaltando-se que, em virtude de uma normatividade mínima (presente em todas as normas constitucionais), sempre apresentam certo grau de eficácia jurídica.¹²²

Contudo, ao admitir-se a existência de direitos fundamentais previstos em disposições constitucionais de baixa densidade normativa, chega-se a um aparente

¹¹⁸ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**. 2005. 370f. Tese apresentada para o concurso de provas e títulos para provimento do cargo de Professor Titular. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 308.

¹¹⁹ “o direito de propriedade só é pleno se, de fato, o Estado cumprir o seu dever de protegê-lo. Para tanto, é necessário legislar, criar e manter organizações – polícia, poder judiciário etc. –; é necessário criar um registro de imóveis; é necessário pensar em procedimentos para a aquisição da propriedade, dentre outras várias ações necessárias.” SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *Op. Cit.*, p. 313.

¹²⁰ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**. 2005. 370f. Tese apresentada para o concurso de provas e títulos para provimento do cargo de Professor Titular. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 315

¹²¹ Importa advertir que a necessidade de desenvolvimento legislativo dos direitos fundamentais não pode levar a interpretações que reduzam sua significação normativa, ou comprometam a possibilidade de se promover sua aplicabilidade judicialmente antes de sobrevirem leis que os regulamentem. A idéia será retomada nos próximos tópicos. Nesse influxo, LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Los derechos fundamentales**. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1995. 63-64.

¹²² SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.*, p. 268.

impasse: de um lado, é forçoso reconhecer que o exercício de direitos fundamentais, independentemente da sua natureza, pode necessitar de uma regulamentação normativa; de outro, a Constituição Federal conferiu a esses direitos um regime jurídico especial, caracterizado pela auto-aplicabilidade das normas que os definem. Para a resolução desse entrave, faz-se imperioso tentar compreender o fenômeno das omissões estatais e, em seguida, buscar mecanismos aptos a remover tais obstáculos, impeditivos da plena realização dos direitos fundamentais.

1.2.3. Mediações concretizadoras e regulamentação do exercício de direitos fundamentais

A Constituição, ao definir a estrutura e as diretrizes básicas de uma sociedade, não possui uma pretensão de completude, detendo, pelo contrário, uma abertura que lhe possibilita conciliar a estabilidade jurídica com o desenvolvimento político¹²³, permitindo a mutação constitucional, conforme a permanente transformação da ordem social¹²⁴. Logo, nem todas as normas que a integram são capazes de incidir imediatamente sobre as situações fáticas por elas reguladas¹²⁵. Pode se apresentar imprescindível a edição de outra norma ou conjunto normativo (seja de caráter legislativo, seja de caráter administrativo) para que a sua plena aplicação possa ocorrer de modo satisfatório¹²⁶.

O principal exemplo desse tipo de norma constitucional consiste naquelas disposições que estabelecem fins, definindo o objetivo a ser alcançado pelo Estado, sem determinar os pressupostos de fato, o “quando” se deve atuar e o conteúdo da atuação, deixando-se uma margem de liberdade para a escolha dos meios adequados à consecução do fim determinado¹²⁷. São as chamadas normas constitucionais programáticas¹²⁸, aqui compreendidas na acepção averbada por Regina Ferrari:

¹²³ PIOVESAN, Flávia. *Op. Cit.*, p. 23.

¹²⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Op. Cit.*, p. 26-27.

¹²⁵ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Op. Cit.*, p. 96-97.

¹²⁶ O que não significa dizer que tal regulamentação não possa ser preenchida pelo Poder Judiciário, conforme se tentará demonstrar ao longo deste trabalho.

¹²⁷ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Op. Cit.*, p. 175.

¹²⁸ Em sentido semelhante ao aqui adotado, segundo José Afonso da Silva, são “aquelas *normas constitucionais* através das quais o constituinte em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a

Dessa forma, as normas programáticas determinam uma finalidade a ser cumprida obrigatoriamente pelo Poder Público, sem apontar os meios a serem adotados para atingi-la, isto é, sem indicar as condutas específicas para que se alcance a satisfação do bem jurídico consagrado na regra, em que pese a força imperativa do comando normativo.¹²⁹

Durante muito tempo, conforme atesta Eros Roberto Grau, a doutrina entendeu que as normas programáticas consubstanciariam somente mandamentos dotados de força jurídica reduzida, que apenas assumiriam plena eficácia quando complementados por lei ordinária; não configurariam direitos, objeto de garantia jurídica, bastando a omissão do Poder Legislativo para torná-las letra morta¹³⁰. Hodiernamente, em especial após o advento da atual Constituição, passou-se a reconhecer a possibilidade **de** se extraírem autênticos direitos subjetivos das normas constitucionais **programáticas**, passíveis de postulação perante o Poder Judiciário quando faltarem os elementos infraconstitucionais necessários para a fruição dos seus efeitos¹³¹. E mais do que isso: não apenas se reconhece a possibilidade de tais normas albergarem direitos subjetivos, como também direitos *fundamentais* subjetivos, dada a abertura material prevista pelo art. 5º, §2º da CF, acima referido. É o caso do direito fundamental social à saúde, que além de estar previsto no art. 6º da CF, pode ainda ser extraído de seu art. 196, norma constitucional que ostenta, simultaneamente, caráter programático e definidor de direito¹³².

Nesse sentido, a necessidade de regulamentação infraconstitucional não se limita às hipóteses de normas de cunho programático, podendo estar presente em todos

traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades visando à realização dos fins sociais do Estado" SILVA, José Afonso da. *Op. Cit.*, p. 138.

¹²⁹ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Op. Cit.*, p. 184.

¹³⁰ GRAU, Eros Roberto. **A constituinte e a constituição que teremos**. São Paulo: RT, 1985. p. 44-45.

¹³¹ Concorde-se com a contundente lição de Regina Ferrari: "Tais normas, além de traduzirem um efeito inibitório para o Legislativo, Executivo e Judiciário, conferem ao seu destinatário o direito de exigir o cumprimento da prestação nela prevista, de modo que não altere o seu significado original, gerando, portanto, efeitos jurídicos, situações subjetivas. (...) Aceitar que todas as normas constitucionais ditas programáticas estão completamente destituídas da possibilidade de propiciar a figura do direito subjetivo, é imaginá-las recheadas de inoperância, e, ainda mais, com o perigo de ocorrer que interesses poderosos contrariados venham encontrar aliados para propiciar a constância do imobilismo capaz de influenciar o curso dos acontecimentos, bloqueando a sua efetividade, de tal modo que a supremacia constitucional 'sucumbiria diante do efeito paralisante irradiado pela omissão de órgão de um poder constituído'". FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Op. Cit.*, p. 222-223.

¹³² Art. 196 da CF: "A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação".

os tipos de normas constitucionais. A título de ilustração, utilizando-se a classificação de Luís Roberto Barroso, que divide as disposições constitucionais em normas constitucionais de organização¹³³, normas constitucionais definidoras de direitos¹³⁴ e normas constitucionais programáticas¹³⁵, é possível vislumbrar em todas as espécies situações de dependência de complementação infraconstitucional para a produção dos efeitos da norma. Para citar alguns exemplos: o art. 134, § 1º, da CF (“Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais”)¹³⁶; o art. 5º, VII, da CF (“é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva”)¹³⁷; e o art. 215 (“O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais”)¹³⁸.

Ressalte-se que nem sempre a regulamentação da disposição constitucional será imprescindível para garantir a eficácia do seu conteúdo, havendo casos em que a norma infraconstitucional apenas facilitará o seu *modus operandi*, como é o caso do art. 5º, XXXIV da CF, que assim dispõe: “são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder”. A lei poderá especificar um prazo para a resposta do Poder Público, regulamentando o direito de petição, o que não se apresenta como algo imprescindível ao seu exercício¹³⁹.

¹³³ “Normas constitucionais que têm por objeto organizar o exercício do poder político”. BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade das suas normas**. 8 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 90.

¹³⁴ “Normas constitucionais que têm por objeto fixar os direitos fundamentais dos indivíduos” *Idem Ibidem*.

¹³⁵ Normas constitucionais que têm por objeto traçar os fins públicos a serem alcançados pelo Estado: *Idem Ibidem*.

¹³⁶ Na classificação de Barroso, situar-se-ia entre as normas constitucionais de organização, por criar órgão público. *Idem*, p. 94.

¹³⁷ Norma constitucional definidora de direito.

¹³⁸ Norma constitucional programática.

¹³⁹ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Op. Cit.*, p. 134-135.

Há, todavia, situações em que a regulamentação da disposição constitucional será inexorável à produção dos efeitos da norma, situando-se aqui o principal objeto de análise desta pesquisa. Refere-se, de um lado, aos direitos definidos em normas que apresentam expressões como “na forma da lei”, “nos termos da lei” ou “a lei estabelecerá”¹⁴⁰, e de outro, aos direitos que, apesar de não haver exigência expressa de regulamentação do seu exercício, demandam mediações concretizadoras para a plena produção dos seus efeitos¹⁴¹.

Assim, um dos principais problemas que se apresenta no que tange à efetividade dos direitos fundamentais reside exatamente na inércia do Poder Legislativo ou Executivo¹⁴², quando a ausência de normas regulamentadoras desses direitos os impede de produzir seus efeitos¹⁴³. Isso porque a atribuição da tarefa de concretizar o exercício de tais direitos ao legislador pode, muitas vezes, chocar-se com os interesses de determinadas maiorias parlamentares que resolvam, deliberadamente, retardar a sua regulamentação¹⁴⁴.¹⁴⁵ A inércia do Poder Público em tais circunstâncias, sobretudo quando se tratam de direitos fundamentais, demonstra-se injustificável, uma vez que, segundo J. J. Gomes Canotilho: “*Os domínios em que é mais reduzido o âmbito da conformação do legislador são aqueles em que os interesses públicos se acham previamente determinados pela constituição, ficando o legislador simplesmente autorizado a concretizar esses interesses.*”¹⁴⁶

¹⁴⁰ Como o direito do trabalhador assegurado no art. 7º, XII, da CF: “salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei”.

¹⁴¹ Por exemplo, o direito fundamental à proteção do mercado de trabalho da mulher, previsto no art. 7º, XX da CF.

¹⁴² FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas constitucionais programáticas: normatividade, efetividade, operacionalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 138.

¹⁴³ Conforme já dito, em tais situações as posições jusfundamentais assumem a feição de direitos a prestações normativas, chamados por Robert Alexy de “direitos a prestações no sentido amplo”, para distingui-los dos direitos a prestações fáticas, também denominados “direitos a prestações no sentido estrito”. ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 172.

¹⁴⁴ LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Los derechos fundamentales**. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1995. p. 75.

¹⁴⁵ Impende ressaltar que a Constituição não delega ao legislador competência para conceder esses direitos: ela própria os concede, cumprindo ao Legislativo, tão somente, materializar a forma do seu exercício. Aos entes encarregados de regulamentar os direitos fundamentais a Lei Maior confere apenas a possibilidade de escolha e adaptação dos meios, consistindo a obtenção dos fins por ela traçados em imposição vinculativa e obrigatória. Cf. SILVA, Anabelle Macedo. **Concretizando a Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 165-166.

¹⁴⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 253.

Significa dizer que o órgão competente para elaborar a norma regulamentadora do exercício do direito não tem a opção entre fazer e não fazer, ou fazer à sua maneira¹⁴⁷. O legislador ou o administrador tem a obrigação de criar a regulamentação do direito, escapando da sua “liberdade de conformação” ou “discrecionabilidade” a possibilidade de fazê-lo ou não, devendo concretizar as matérias que demandam densificação normativa, sempre norteado pelo conteúdo material estabelecido pelos princípios e regras constitucionais¹⁴⁸.

Nesse contexto, as omissões do legislador e do administrador passam a adquirir relevância jurídica, visto que podem ocasionar graves consequências no que toca à realização dos direitos fundamentais. A existência de omissões juridicamente relevantes, no pensar de Jorge Miranda, “*verifica-se sempre que, mandando a norma reguladora de certa relação ou situação praticar certo acto ou certa actividade nas condições que estabelece, o destinatário não o faça, não o faça nos termos exigidos, não o faça em tempo útil, e ao comportamento se liguem consequências mais ou menos adequadas*”¹⁴⁹.

Parte-se então, sempre com vistas à efetivação dos direitos fundamentais, para o estudo das omissões estatais, das consequências a elas associadas pelo direito brasileiro e dos instrumentos criados pelo ordenamento jurídico pátrio para corrigi-las.

¹⁴⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. Cit.*, p. 317.

¹⁴⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. Cit.*, p. 316.

¹⁴⁹ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. t. VI. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 292.

CAPÍTULO II – As omissões estatais e os instrumentos jurídico-processuais para suprir a inaplicabilidade de direitos constitucionais não regulamentados

A temática da omissão do Estado em regulamentar o exercício de direitos fundamentais insere-se na discussão acerca do controle de constitucionalidade por omissão (ainda que não se limite a ela), haja vista que em tais circunstâncias a inação do Poder Público importa descumprimento de comandos constitucionais.

Uma breve incursão no campo do controle de constitucionalidade por omissão se fará importante para então iniciar-se o estudo dos mecanismos constitucionalmente assegurados para coibir a abstenção estatal lesiva aos direitos fundamentais. Esse capítulo, desse modo, visa a perpassar pelo tema da inconstitucionalidade por omissão, buscando identificar o perfil e as deficiências dos instrumentos previstos pela Constituição Federal para suprir a inaplicabilidade de direitos constitucionais não regulamentados, especialmente no que diz respeito à configuração que lhes foi dada pelo Supremo Tribunal Federal.

2.1. Controle de constitucionalidade por omissão

Nos Estados Constitucionais contemporâneos, a Constituição configura-se não apenas como norma, mas como norma fundamental (*Lex superior*), pelo fato de conformar e ordenar os poderes do Estado, estabelecer os limites do exercício do seu poder e definir os direitos fundamentais dos cidadãos¹⁵⁰. Ela institui todo o sistema de fontes formais do direito, condensando os valores mais relevantes compartilhados pela a sociedade à qual se dirige, situando-se no mais alto patamar na hierarquia das fontes jurídicas e servindo como parâmetro de conteúdo para todos os atos estatais¹⁵¹.

¹⁵⁰ ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1985. p. 49.

¹⁵¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 890.

A atribuição de supremacia aos preceitos de uma Constituição depende de outra característica, necessária para assegurar sua superioridade e distinção em relação às demais normas: a rigidez constitucional¹⁵². Nas palavras de Clèmerson Merlin Clève:

A rigidez constitucional permite a discriminação entre as obras do Constituinte e do Legislador. A segunda, encontrando o seu parâmetro de validade na primeira, não pode, quer sob o prisma material, quer sob o prisma formal, atingi-la. Existe, bem por isso, uma relação hierárquica (relação de fundamentação/derivação) necessária entre ambas.¹⁵³

Com efeito, a rigidez constitucional (necessidade de um procedimento especial, complexo e solene para a sua alteração, distinto do processo simplificado de criação das demais leis¹⁵⁴) é incapaz de, por si só, garantir a supremacia da Constituição¹⁵⁵. A salvaguarda da Lei Maior pressupõe a existência de “*garantias da constituição*”¹⁵⁶, é dizer, a previsão de mecanismos aptos a garantir juridicamente a sua supremacia e estreita observância¹⁵⁷. É necessário um sistema de controle ou fiscalização da constitucionalidade.

Dentre as formas de controle de constitucionalidade existentes, merece especial atenção para os fins deste trabalho a fiscalização repressiva exercida pela jurisdição¹⁵⁸. No ordenamento constitucional brasileiro, o exercício do controle de constitucionalidade dos atos normativos do Poder Público é conferido ao Supremo Tribunal Federal, de forma concentrada, e a todos os órgãos do Poder Judiciário, de forma difusa. Dessa maneira, quando um ato legislativo ou administrativo, por questões procedimentais ou materiais, ofender alguma disposição constitucional, caberá à jurisdição, sempre que provocada, o dever-poder de invalidá-los, de modo a assegurar a ordem e unidade do sistema constitucional.

¹⁵² “a rigidez constitucional deflui da maior dificuldade para sua alteração ou modificação do que a prevista para as demais normas jurídicas, o que nos assegura maior permanência e durabilidade das instituições”. FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 62.

¹⁵³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Op. Cit.*, p. 32.

¹⁵⁴ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 61.

¹⁵⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Op. Cit.*, p. 32.

¹⁵⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 887.

¹⁵⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Op. Cit.*, p. 25.

¹⁵⁸ Sobre as diversas formas de controle de constitucionalidade, ver CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 887-905; CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1999, *passim*; CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Op. Cit.*, p. 57-71

Mas a afronta aos mandamentos constitucionais, submetida a essa fiscalização judicial, nem sempre ocorrerá por conta de ações do Estado violadoras da Lei Superior. Em alguns casos, é a abstenção do Poder Público que significará ofensa aos comandos constitucionais¹⁵⁹. Nesses termos, passa-se a falar de uma categoria introduzida pela primeira vez no direito pátrio com o advento da Constituição de 1988¹⁶⁰: a inconstitucionalidade por omissão¹⁶¹.

O surgimento dessa modalidade de inconstitucionalidade emerge com a mudança das relações entre o Estado e a sociedade, na qual se modificam o papel e o modo de organização estatal, transformando-se os critérios de distribuição das funções entre os Poderes do Estado, com repercussões sobre a “liberdade de conformação do legislador”¹⁶². As prescrições constitucionais quanto ao agir do Estado, que em seu modelo Liberal revestiam-se do caráter de compromissos políticos cuja realização dependia unicamente do exercício democrático (através do processo eleitoral e da organização partidária), passam a assumir a condição de deveres jurídicos dirigidos à atuação estatal, fundamentadores de direitos subjetivos¹⁶³. Quando o Poder Público deixa de cumprir tais prescrições, verdadeiras imposições constitucionais de agir, incorre na modalidade omissiva de inconstitucionalidade¹⁶⁴.

A omissão estatal inconstitucional poderá dizer respeito a qualquer das funções do Estado (legislativa, política ou de governo, administrativa e jurisdicional)¹⁶⁵.¹⁶⁶

¹⁵⁹ “Assim, o princípio da constitucionalidade não diz respeito apenas às ações contrárias à Constituição; abrange, também, as ‘omissões’ ou a ‘inércia’ dos poderes constituídos”. FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Inconstitucionalidade por omissão: uma proposta para a Constituinte. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 89, 1989. p. 53.

¹⁶⁰ Sob a influência da Constituição portuguesa de 1976. Cf. TÁCITO, Caio. O direito à espera da lei. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 181-182, jul./dez. 1990. p. 40-41.

¹⁶¹ Conforme nos dá notícia Jorge Miranda, a primeira Constituição a contemplar a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão foi a Iugoslava, de 1974. Cf. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. t. VI. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 298.

¹⁶² CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Op. Cit.*, p. 312-313.

¹⁶³ PASSOS, J. J. Calmon de. *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data (constituição e processo)*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 87.

¹⁶⁴ Na certa formulação de Flávia Piovesan, “Constata-se assim que a inconstitucionalidade por omissão se situa na fronteira da discricionariedade do legislador e do dever de legislar a que está sujeito, em determinadas hipóteses”. PIOVESAN, Flávia. *Op. Cit.*, p. 93.

¹⁶⁵ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. t. VI. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 292.

¹⁶⁶ “A omissão inconstitucional caracteriza-se: a) pela falta ou insuficiência de medidas legislativas; b) pela falta de adoção de medidas políticas ou de governo; c) pela falta de implementação de medidas administrativas, incluídas as medidas de natureza regulamentar, ou de outros atos da Administração Pública”. PIOVESAN, Flávia. *Op. Cit.*, p. 90.

Basta, para tanto, que haja um dever constitucional de agir somado à inércia em atender ao mandamento da Constituição. Quanto à inércia do Poder Legislativo, conforme conceituação de J. J. Gomes Canotilho,

a omissão legislativa inconstitucional significa que o legislador não «faz» algo que positivamente lhe era imposto pela constituição. Não se trata, pois, apenas de um simples negativo «não fazer»; trata-se, sim, de não fazer aquilo a que, de forma concreta e explícita, estava constitucionalmente obrigado. Já por esta definição restritiva de omissão se pode verificar que a inconstitucionalidade por omissão, no seu estrito e rigoroso sentido, deve conexionar-se com uma exigência concreta constitucional de acção (verfassungsrechtliche Handlungsgebote). O simples dever geral de emanção de leis não fundamenta uma omissão inconstitucional¹⁶⁷.

Com base na formulação do autor português, combinada com a lição e Jorge Miranda¹⁶⁸, infere-se que a inconstitucionalidade por omissão legislativa somente se configurará em face do não cumprimento de uma determinada norma constitucional, devidamente individualizada, que imponha o dever concreto de legislar¹⁶⁹ cuja inobservância obste o cumprimento da Constituição.

No que toca à inconstitucionalidade por omissão administrativa, Regina Ferrari exemplifica com a situação em que

o poder executivo recebe da Constituição competência para expedir regulamentos visando execução das leis integrativas e não os expede, o que é denominado de omissão indiretamente inconstitucional, pois a não-expedição do regulamento impede a execução dessas leis e, conseqüentemente, a aplicação e realização do texto constitucional¹⁷⁰.

Mas, para a caracterização de uma autêntica inconstitucionalidade por omissão, quer no âmbito legislativo, quer na seara administrativa, mostra-se necessário outro elemento essencial: o decurso do tempo¹⁷¹. Daí se afirmar que o juízo da

¹⁶⁷CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 331-332.

¹⁶⁸ “A inconstitucionalidade por omissão, tal como a inconstitucionalidade por acção, não se afere em face do sistema constitucional em bloco. É aferida em face de uma norma cuja não exequibilidade frustra o cumprimento da Constituição”. MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. t. VI. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 305.

¹⁶⁹ Clèmerson Clève, ao referir-se à afirmação de Canotilho de que a ordem de legislar deve ser concreta, refuta tal necessidade no contexto pátrio, asseverando: “A observação, porém, não parece se aplicar ao Brasil. Aqui, qualquer imposição constitucional ou ordem de legislar, seja abstrata ou concreta, desde que definida em norma certa e determinada, pode fundamentar, havendo inércia, omissão inconstitucional”. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Op. Cit.*, p. 325.

¹⁷⁰ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 359.

¹⁷¹ “A inconstitucionalidade por omissão nada mais é do que um juízo sobre o tempo em que deveria ter sido produzido o ato que viesse a propiciar a efetiva aplicação dos dispositivos constitucionais. O órgão fiscalizador (...) deverá medir o tempo decorrido desde a entrada em vigor da Constituição, para verificar se ele seria

inconstitucionalidade por omissão traduz-se num juízo sobre o tempo em que deveria ser produzida a norma¹⁷². Esse tempo poderá ser pré-determinado pela própria Constituição (quando estabelece, por exemplo, no art. 48 do ADCT que “*O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor*”), hipótese em que, decorrido o prazo fixado na norma, constituir-se-á a inconstitucionalidade. Em outras situações, não há uma pré-definição acerca do tempo necessário à elaboração da norma, cabendo um juízo de razoabilidade em cada caso quanto ao prazo para criação da medida¹⁷³.

Ocorre que, em determinadas vezes, a ordem constitucional de formular a norma (legislativa ou administrativa) pode dirigir-se exatamente a uma situação configuradora de direitos fundamentais, em que a criação da regulamentação normativa se apresente como necessária à fruição dos efeitos do direito. Nessas circunstâncias, que compreendem o cerne do presente estudo, a tolerância em relação ao prazo para elaboração da norma deve ser consideravelmente reduzida, tendo em vista o princípio da aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais¹⁷⁴, sobre o qual se discorreu no capítulo anterior¹⁷⁵.

Destaque-se que, para a efetivação de direitos fundamentais, nem sempre será possível aguardar o prazo “razoável” para que o órgão competente crie a norma. Há circunstâncias em que, mesmo não se admitindo possível a criação da norma necessária em prazo tão exíguo, a falta de norma regulamentadora implica inefetividade constitucional, afigurando-se como uma “*situação constitucional imperfeita (ou indesejável)*”¹⁷⁶, também denominada de “*lacuna técnica*” ou “*lacuna de legislação*”¹⁷⁷.¹⁷⁸ Esta se difere da inconstitucionalidade por omissão exatamente

razoável para emissão do ato integrativo das normas constitucionais”. FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 367.

¹⁷² MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. t. VI. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 309.

¹⁷³ PIOVESAN, Flávia. *Op. Cit.*, p. 94; FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Op. Cit.*, p. 368.

¹⁷⁴ PIOVESAN, Flávia. *Op. Cit.*, p. 96.

¹⁷⁵ Parte I, Capítulo I, Tópico 1.2, Sub-tópico 1.2.2.

¹⁷⁶ MODESTO, Paulo Eduardo Garrido. Inconstitucionalidade por omissão (categoria jurídica e ação constitucional específica). **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 97, jan./mar. 1991. p. 221.

¹⁷⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Op. Cit.*, p. 326.

¹⁷⁸ “O *déficit normativo* acerca de determinada matéria constitucional pode caracterizar duas situações distintas: a lacuna constitucional e a omissão legislativa. Nos termos dos ensinamentos de Jorge Miranda, ‘as lacunas constitucionais não se confundem com as omissões legislativas (também estas suscetíveis de análises diversas), as quais correspondem a normas constitucionais não exequíveis por si mesmas e cujo não preenchimento (ou não

por não exigir o escoamento de um prazo razoável para a invenção da norma.

Na lição de Paulo Modesto, a inconstitucionalidade por omissão somente se verificará quando houver um agravamento da situação constitucional imperfeita, não se admitindo mais como razoável a inércia em elaborar a norma¹⁷⁹. No caso da Constituição Federal de 1988, promulgada há 20 anos, esgotaram-se todos os prazos estipulados ou razoáveis para a regulamentação das suas normas; a distinção, contudo, continua relevante pelo fato de a nossa Constituição sofrer emendas constantemente, o que pode trazer a inserção de novas normas definidoras de direitos, carentes de regulamentação¹⁸⁰.

Porém, a necessidade de regulamentação infraconstitucional não estará sempre atrelada a um dever de legislar, determinado pela Constituição. Ou seja, a omissão do Poder Público inviabilizadora de direitos fundamentais pode não configurar inconstitucionalidade por omissão. A inação estatal, no entanto, ainda que desvinculada de uma imposição constitucional de criar uma norma necessária ao exercício de direitos, poderá significar descumprimento da Constituição. Assim, além das situações em que ainda não decorreu o tempo razoável para a formulação da regulamentação infraconstitucional faltante, considera-se neste trabalho como *lacuna técnica* toda e qualquer situação jurídico-constitucional que, independentemente de um dever constitucional concreto de elaborar uma norma, exija uma regulamentação para poder produzir os seus efeitos¹⁸¹. Em ambos os casos a situação será diversa, embora muito próxima, do fenômeno da inconstitucionalidade por omissão, seja por não ter havido o decurso de tempo razoável, seja por não haver uma disposição constitucional expressa impondo o dever de criação da norma, mas sempre se constituindo um caso de descumprimento da Constituição por falta de regulamentação normativa.

preenchimento após o decurso de certo tempo) determina inconstitucionalidade por omissão””. SILVA, Anabelle Macedo. **Concretizando a Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 94-95.

¹⁷⁹ MODESTO, Paulo Eduardo Garrido. Inconstitucionalidade por omissão (categoria jurídica e ação constitucional específica). **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 97, jan./mar. 1991. p. 221.

¹⁸⁰ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Mandado de injunção**. São Paulo: Atlas, 1999. p. 72.

¹⁸¹ É o caso, por exemplo, do direito fundamental previsto no art. 5º, L da CF: “às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação”. Apesar de não haver uma expressa imposição de legislar, afigura-se necessária a existência de uma regulamentação da forma como tais condições serão propiciadas.

Tanto nos casos de lacunas técnicas quanto nos casos de inconstitucionalidade por omissão depara-se com um cenário problemático: a frustração de determinados mandamentos constitucionais decorrente de conduta omissiva. Nesse diapasão, a omissão estatal pode constituir óbice à realização dos direitos fundamentais, sempre que o órgão competente deixar de elaborar a norma regulamentadora imprescindível ao exercício do direito. Não se pode, contudo, admitir que a inação do Poder Público fulmine a força normativa das disposições constitucionais, sobretudo quando se tratar de direitos fundamentais, aos quais o constituinte atribuiu um regime jurídico reforçado, timbrado pela aplicabilidade imediata.

Faz-se imperativo, por via coercitiva, promover a execução forçada dos deveres jurídicos constitucionais desrespeitados pela abstenção do Estado, já que a inobservância dos comandos constitucionais deve deflagrar mecanismos coativos para o seu cumprimento¹⁸². Segundo Clèmerson Merlin Clève, *“fazer da Constituição uma Fundamental Law integral pressupõe a construção, pela dogmática constitucional, de categorias suficientes para dar conta não apenas da violação da Constituição por ato normativo, como também do seu descumprimento em virtude de ato omissivo”*¹⁸³.

É essa construção, a que faz referência o autor, que se pretende desenvolver nos tópicos a seguir, a partir da análise dos instrumentos jurídico-processuais previstos pela Lei Maior para suprir a inaplicabilidade de direitos constitucionais não regulamentados: a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção.

2.2. Instrumentos jurídico-processuais aptos a corrigir a inconstitucionalidade por omissão

Como já dito, a garantia da normatividade e supremacia da Constituição depende não só da sua rigidez, como também da existência de um sistema de fiscalização da constitucionalidade dos atos e omissões do Estado, de modo a

¹⁸² FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Normas constitucionais programáticas: normatividade, efetividade, operacionalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 224.

¹⁸³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro. 2. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 312.

averiguar a ocorrência de descumprimento da Lei Maior por condutas comissivas ou omissivas. Para os objetivos deste estudo, interessa a análise do sistema de controle judicial de constitucionalidade, sobremaneira da fiscalização de inconstitucionalidade por omissão.

Embora haja referências a alguns embriões do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis em períodos anteriores¹⁸⁴, costuma-se identificar a criação desse sistema com o reconhecimento da supremacia da Constituição, no julgamento proferido pelo *Chief Justice* da *Supreme Court* norte-americana John Marshall, na célebre causa *Marbury versus Madison* em 1803¹⁸⁵. Nesse modelo, batizado de *judicial review* ou controle difuso de constitucionalidade¹⁸⁶, a todos os órgãos judiciários é conferido o poder-dever de afastar a aplicação das leis que contrariem o conteúdo das disposições constitucionais nos casos concretos submetidos ao seu crivo¹⁸⁷.

Por seu turno, o modelo de controle concentrado de constitucionalidade foi pioneiramente adotado pela Áustria sob forte influência do pensamento de Hans Kelsen¹⁸⁸, instaurando um sistema em que a competência para a fiscalização da constitucionalidade é reservada a um único órgão (seja um órgão da jurisdição ordinária, seja um Tribunal Constitucional criado unicamente para esse fim), não constituindo propriamente uma fiscalização judicial, mas sim uma função constitucional autônoma^{189 190}.

O sistema brasileiro incorpora elementos de ambos os modelos. Na formulação pátria, a competência para fiscalizar a constitucionalidade das leis é conferida a todos os juízes e tribunais, cabendo recurso da decisão para o Supremo Tribunal Federal,

¹⁸⁴ Acerca do tema, identificando precedentes na Antigüidade Clássica (direito ateniense), na Idade Média e nos idos do século XVII (com Sir Edward Coke, na Inglaterra), ver CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1999. p. 49-63.

¹⁸⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *Op. Cit.*, p. 47.

¹⁸⁶ A respeito do surgimento do *judicial review of legislation*, conferir BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 25-35.

¹⁸⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *Op. Cit.*, p. 76-77.

¹⁸⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Op. Cit.*, p. 67.

¹⁸⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 898.

¹⁹⁰ Acerca da criação do sistema de controle concentrado, cf. BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 36-41.

órgão que compõe o Poder Judiciário e detém competência para julgar questões constitucionais. O controle pode se dar por via principal/de ação (cuja competência para processar e julgar concentra-se no Supremo Tribunal Federal e nos Tribunais de Justiça), quando o objeto da ação resume-se à apreciação da questão constitucional, ou por via incidental/de exceção (podendo ser exercido por qualquer juiz ou tribunal), na qual a inconstitucionalidade é suscitada incidentalmente, durante o exame de um caso concreto submetido ao Judiciário¹⁹¹.

No que toca ao campo específico da inconstitucionalidade por omissão, costuma-se dizer que são dois os instrumentos previstos Constituição para exercer o controle das abstenções inconstitucionais do Poder Público: a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção.

2.2.1. Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão

O art. 103, *caput* e §2º da CF assim dispõe:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

- I - o Presidente da República;
- II - a Mesa do Senado Federal;
- III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
- V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
- VI - o Procurador-Geral da República;
- VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;
- IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

(...)

§2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

Esse dispositivo inseriu no sistema constitucional pátrio a chamada ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADIn por omissão), como forma de fiscalização abstrata da inconstitucionalidade das omissões estatais. Trata-se de legítimo mecanismo destinado ao controle da omissão inconstitucional, a partir do qual se busca a declaração judicial de omissão de medida necessária a tornar efetiva norma

¹⁹¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Op. Cit.*, p. 75-76.

constitucional, dando-se ciência ao órgão competente para a criação da medida faltante e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo no prazo de trinta dias¹⁹².

Diversamente da Constituição portuguesa, que instituiu um dispositivo próprio para a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão¹⁹³, o constituinte brasileiro autorizou o reconhecimento da existência de omissão inconstitucional no âmbito da já conhecida ação direta de inconstitucionalidade¹⁹⁴. A legitimidade ativa, tanto na ação direta de inconstitucionalidade por ação, quanto na ADIn por omissão, é conferida aos mesmos entes, arrolados nos incisos do art. 103 da CF¹⁹⁵. Em ambos os casos, trata-se de uma fiscalização abstrata de constitucionalidade, exercida de forma concentrada pelo Supremo Tribunal Federal, constituindo um “processo objetivo”, em que se analisa a inconstitucionalidade da omissão em tese, sem confrontá-la com um caso em concreto¹⁹⁶. O procedimento adotado é o mesmo da ação direta de inconstitucionalidade por ação, cuja disciplina está disposta na Lei nº 9.868/99¹⁹⁷.

Justamente pelo fato de não se tratar de instrumento de tutela de direitos subjetivos inviabilizados pela falta de norma regulamentadora, mas sim de mecanismo dirigido à defesa da Constituição, no sentido de fiscalizar o cumprimento do direito objetivo, é que o estudo da ADIn por omissão será referido apenas de modo tangencial, na medida em que for útil para a compreensão do contexto relacionado à concretização jurisdicional de direitos fundamentais¹⁹⁸. Apresenta-se necessária,

¹⁹² PIOVESAN, Flávia. *Op. Cit.*, p. 112.

¹⁹³ Art. 283º da Constituição portuguesa: “1. A requerimento do Presidente da República, do Provedor de Justiça ou, com fundamento em violação de direitos das regiões autónomas, dos presidentes das Assembleias Legislativas das regiões autónomas, o Tribunal Constitucional aprecia e verifica o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais. 2. Quando o Tribunal Constitucional verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente.”

¹⁹⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Op. Cit.*, p. 338-339.

¹⁹⁵ A legitimidade passiva será do órgão ou autoridade, administrativa ou legislativa, competente para providenciar a medida necessária à exequibilidade da norma. Cf. SOUZA, Luciane Moessa de. *Op. Cit.*, p. 61.

¹⁹⁶ PUCCINELLI JÚNIOR, André. **A omissão legislativa inconstitucional e a responsabilidade do Estado Legislador**. Saraiva: São Paulo, 2007. p. 140.

¹⁹⁷ SOUZA, Luciane Moessa de. *Op. Cit.*, p. 63.

¹⁹⁸ Para uma abordagem mais aprofundada, conferir CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Op. Cit.*, 338-361; STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. Uma Nova Crítica ao Direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 779-795; PIOVESAN, Flávia. *Op. Cit.*, p. 111-133. Sobre a aplicação do instituto no direito comparado, ver RODRIGUEZ, Jose Julio Fernandez. **La inconstitucionalidade por omisión**. Teoria general. Derecho comparado. El caso español. Madrid: Editorial Civitas, 1998. p. 241-334. e SILVA, Jorge Pereira da. **Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas**: contributo para uma teoria da inconstitucionalidade por omissão. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2003. p. 95-138.

contudo, a observância de alguns de seus aspectos para, posteriormente, confrontá-los com o mandado de injunção.

Quanto às hipóteses de cabimento da ADIn por omissão, serão aquelas em que houver a configuração de autêntica inconstitucionalidade por omissão. Destaque-se que a omissão deverá ser de ato normativo, aí enquadrados os atos de natureza legislativa ou administrativa¹⁹⁹. Retomando os elementos necessários à constatação da omissão inconstitucional, é possível dizer que caberá ADIn por omissão quando houver:

- a) uma inércia na atividade concretizadora, normativa ou não, de:
- b) certa e determinada norma constitucional, com reduzida eficácia de aplicação (exequibilidade);
- c) consistente na violação de uma obrigação institucional geral ou especial;
- d) constatada a partir de um “juízo concreto” sobre o transcurso do tempo²⁰⁰.

Imprescindível, assim, a ocorrência de descumprimento, após prazo razoável, de uma imposição constitucional específica de concretização da norma constitucional²⁰¹. A mera lacuna técnica ou de legislação não será suficiente para ensejar a propositura da ADIn por omissão²⁰². Devem estar presentes todos os requisitos caracterizadores da omissão inconstitucional. A ilustração desse aspecto revela-se importante, até para que se possa, posteriormente, extremar a ADIn por omissão do mandado de injunção: no dia 6 de outubro de 1988, um dia após a entrada em vigor da Constituição, não havia que se falar em inconstitucionalidade por omissão, uma vez que não seria razoável admitir-se possível a elaboração de normas pelo Congresso Nacional em tão pouco tempo²⁰³. Poderia, contudo, haver uma lacuna técnica ou de legislação: uma falta de regulamentação no plano infraconstitucional que inviabilizasse a efetividade de determinadas normas constitucionais. Essa ausência normativa, ainda que passível de suscitar descumprimento constitucional, não

¹⁹⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Op. Cit.*, p. 343.

²⁰⁰ Sistematização formulada por Paulo Modesto. Cf. MODESTO, Paulo Eduardo Garrido. Inconstitucionalidade por omissão (categoria jurídica e ação constitucional específica). *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 97, jan./mar. 1991, p. 222.

²⁰¹ PUCCINELLI JÚNIOR, André. **A omissão legislativa inconstitucional e a responsabilidade do Estado Legislador**. Saraiva: São Paulo, 2007. p. 155; SOUZA, Luciane Moessa de. *Op. Cit.*, p. 60.

²⁰² Assim entende Carlos Ari Sundfeld. Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. Mandado de injunção. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 94, abr./jun 1990, p. 151.

²⁰³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Op. Cit.*, p. 364.

justificaria o ajuizamento de uma ADIn por omissão, eis que inexistente uma legítima inconstitucionalidade por omissão.

À primeira vista, constata-se que a finalidade da ADIn por omissão consiste em averiguar a ocorrência ou não de omissão inconstitucional e suscitar a sua declaração judicial, notificando-se o órgão moroso. É o que se depreende da literalidade do dispositivo constitucional (art. 103, §2º). Em relação a essa natureza declaratória da decisão proferida na ADIn por omissão, parece não haver maiores controvérsias²⁰⁴.

O mesmo se diga em relação à natureza mandamental da decisão nos casos de omissão administrativa, em que o próprio texto constitucional estipula o prazo de trinta dias para o órgão competente tomar providências que supram a inconstitucionalidade por omissão, haja vista a inexistência de uma “liberdade de conformação” do administrador, tal qual é conferida ao legislador. A decisão terá caráter mandamental, podendo o Judiciário lançar mão de todos os meios coercitivos existentes para compelir o órgão ou autoridade competente a elaborar a norma faltante²⁰⁵. O não cumprimento da decisão poderá ensejar a responsabilidade civil do Estado por omissão²⁰⁶, instigante tema que não poderá ser abordado aqui por escapar do recorte temático proposto²⁰⁷.

A questão polêmica se coloca quanto à possível natureza constitutiva da decisão a ser prolatada pelo STF, quando do julgamento da ADIn por omissão do legislador. Ora, a mera notificação do órgão ou autoridade competente para elaborar a norma faltante certamente se mostraria inócua nos casos de omissões legislativas, já que, afora o fato de a Constituição não ter definido um prazo para a tomada de providências em tais situações, não há a possibilidade de se constranger o legislador a atuar, dada a sua “liberdade de conformação”²⁰⁸. Mas se o escopo do controle de

²⁰⁴ SOUZA, Luciane Moessa de. *Op. Cit.*, p. 61-62; CLÈVE, Clèmerson. *Op. Cit.*, p. 346; PIOVESAN, Flávia. *Op. Cit.*, p. 120; PUCCINELLI JÚNIOR, André. *Op. Cit.* p. 158; OLIVEIRA, Herzeleide Maria Fernandes de. O mandado de injunção. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 100, 1988, p. 60.

²⁰⁵ PUCCINELLI JÚNIOR, André. *A omissão legislativa inconstitucional e a responsabilidade do Estado Legislador*. Saraiva: São Paulo, 2007. p. 157.

²⁰⁶ PIOVESAN, Flávia. *Op. Cit.*, p. 123.

²⁰⁷ Sobre a responsabilidade da Administração Pública por omissão, ver, por todos, BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidade Civil da Administração Pública – Aspectos Relevantes. A Constituição Federal de 1988. A Questão da Omissão. Uma Visão a partir da Doutrina e da Jurisprudência Brasileiras. In: FREITAS, Juarez (org). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 293-336.

²⁰⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Op. Cit.*, p. 346.

constitucionalidade consiste em corrigir a situação inconstitucional, impedindo a sua continuidade e fazendo-se valer a supremacia das disposições constitucionais, de alguma forma a inconstitucionalidade por omissão deve ser fulminada, de modo a conferir operacionalidade ao mandamento constitucional frustrado pela falta de regulamentação normativa.

É nesse sentido que, acertadamente, Flávia Piovesan advoga competir ao Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADIn por omissão, suprir a lacuna que obstaculiza o cumprimento da Constituição, a título provisório, através da elaboração da norma faltante²⁰⁹. A mesma tese é defendida por José Afonso da Silva²¹⁰.

Concordando com a necessidade de o STF dispor normativamente nos casos de inconstitucionalidade por omissão, mas discordando da admissibilidade de tal prática na atual configuração do ordenamento constitucional brasileiro, encontra-se André Puccinelli Júnior. O autor, por entender que o silêncio do art. 103, §2º da CF não consiste em lacuna, mas sim em silêncio eloquente, propõe a aprovação de emenda constitucional que altere o dispositivo, atribuindo ao Supremo Tribunal competência para *“após declarar a omissão inconstitucional, fixar prazo para a adoção das medidas legislativas pertinentes e, transcorrido este lapso sem o adimplemento do dever constitucional de legislar, expedir normas provisórias vigentes até a promulgação da lei que suprirá, em definitivo, a lacuna normativa”*²¹¹.

Clèmerson Clève critica o entendimento acima exposto²¹², reputando-o incompatível com um modelo constitucional edificado sob a égide dos princípios democrático e da divisão dos poderes²¹³. Sustentando posição contrária, o professor paranaense considera inadequada a defesa de uma substituição do órgão omissor pelo Judiciário, não obstante reconheça que o constituinte brasileiro foi incapaz de explorar

²⁰⁹ A autora faz uma ressalva quanto às hipóteses em que a atuação legislativa for absolutamente insubstituível, exemplificando com normas constitucionais criadoras de órgãos e normas relativas à elaboração de códigos. Cf. PIOVESAN, Flávia. *Op. Cit.*, p. 126-127.

²¹⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 48-49.

²¹¹ PUCCINELLI JÚNIOR, André. *Op. Cit.* p. 162.

²¹² Referindo-se à posição defendida por Flávia Piovesan e José Afonso da Silva.

²¹³ Foi essa a concepção adotada pelo STF, ao decidir que “não assiste ao Supremo Tribunal Federal, contudo, em face dos próprios limites fixados pela Carta Política em tema de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, §2º) a prerrogativa de expedir provimentos normativos com o objetivo de suprir a inatividade do órgão legislativo inadimplente”. STF, ADIn por omissão 1458, j. 23.05.1996, Rel. Min. Celso de Mello.

todas as potencialidades que a teoria constitucional já havia vislumbrado para a inconstitucionalidade por omissão²¹⁴. De todo modo, o autor ressalta que o constituinte poderia ter previsto outros efeitos de natureza jurídica, compatíveis com os princípios democrático e da divisão dos poderes²¹⁵, aliados a efeitos de cunho político para suprir a omissão constitucional.

No caso da decisão proferida na ADIn por omissão, a solução que parece se enquadrar melhor no quadro constitucional brasileiro contemporâneo é aquela que privilegia os princípios da supremacia da Constituição e da efetividade constitucional²¹⁶, ou seja, aquela que admite cumprir à Corte Suprema o poder-dever de colmatar as omissões inconstitucionais mediante disposições de caráter normativo, válidas provisoriamente até a superveniência da criação da regulamentação pelo órgão competente. As implicações que esse posicionamento pode gerar sobre o princípio da divisão dos poderes do Estado (ou o entrave que este pode significar para o acolhimento da referida posição) serão analisadas posteriormente, em momento oportuno²¹⁷.

Adotando-se uma ou outra posição, tanto no caso de omissões legislativas, quanto no caso de omissões administrativas, há convergência no que respeita aos efeitos da decisão (seja ela de natureza declaratória, mandamental ou constitutiva): serão *erga omnes*, conforme se verifica nas decisões proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade²¹⁸.

Sublinhados os traços de maior relevância acerca da ADIn por omissão, passa-se agora ao mandado de injunção, instrumento de primordial interesse para os fins desta pesquisa.

²¹⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Op. Cit.*, p. 347

²¹⁵ Para o jurista, a decisão judicial poderia: "(i) permitir a aplicação direta, pelos juízes e tribunais, e desde que contando com a normatividade suficiente para isso, do dispositivo constitucional demandante de complementação; (ii) afastar os riscos causados pela falta da norma regulamentadora; e (iii) autorizar a deflagração de mecanismos políticos de suprimento da omissão inconstitucional." CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Op. Cit.*, p. 349.

²¹⁶ A respeito dos mencionados princípios, ver BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 232, 2003. p. 163-166.

²¹⁷ Parte III, Capítulo II, Tópico 2.1, Sub-tópico 2.1.5. desta monografia.

²¹⁸ PIOVESAN, Flávia. *Op. Cit.*, p. 120.

2.2.2. Mandado de injunção

Situado entre os direitos e garantias fundamentais elencados no art. 5º da CF, o mandado de injunção foi instituído no inciso LXXI, sob a seguinte redação: *“conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”*.

O instituto, tal como a ADIn por omissão, representou novidade na realidade constitucional brasileira, jamais previsto em constituições anteriores²¹⁹. Sua inserção demonstra que a Constituição de 1988, mais do que aquelas que a antecederam, preocupou-se com o risco de suas normas carecerem, na prática, de efetividade²²⁰. Assim, tanto o mandado de injunção quanto a ADIn por omissão são fruto da preocupação dos trabalhos constituintes em garantir a eficácia jurídica dos dispositivos constitucionais, viabilizando, por um lado, o suprimento das omissões inconstitucionais e, por outro, a concretização dos direitos constitucionais carentes de regulamentação²²¹.

É nesta segunda seara que se insere o mandado de injunção. A finalidade do instituto consiste em atribuir imediata aplicabilidade aos direitos constitucionais, possibilitando o seu exercício, quando este encontrar-se obstado pela ausência de regulamentação infraconstitucional. Constitui, portanto, a necessária instrumentalização do princípio da aplicabilidade imediata do art. 5º, §1º da CF²²², na forma de uma ação constitucional.

²¹⁹ ACKEL FILHO, Diomar. **Writs constitucionais**: “habeas corpus”, mandado de segurança, mandado de injunção, “habeas data”. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 101; GARCIA, José Carlos Cal. Mandado de injunção. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 88, 1988. p. 113; QUARESMA, Regina. **O mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão**: teoria e prática. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 31.

²²⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Mandado de injunção. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 56, out./dez. 1989. p. 120.

²²¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Op. Cit.*, p. 361.

²²² SILVA, José Afonso da. Mandado de injunção. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Mandados de segurança e de injunção**. Estudos de Direito Processual-Constitucional em memória de Ronaldo Cunha Campos. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 398; PIOVESAN, Flávia. *Op. Cit.*, p. 142.

Por essa razão, pode-se dizer que o mandado de injunção tem por função a tutela de uma posição jurídica subjetiva delineada pela Constituição Federal²²³, sempre que a falta de norma regulamentadora inviabilizar o seu exercício, atuando como “*meio de invocar a atividade jurisdicional para buscar a aplicação concreta da norma constitucional atribuidora de direitos à falta de regulamentação que lhe dê eficácia e aplicabilidade genérica*”²²⁴. Serve como instrumento apto a salvaguardar a efetividade de um direito constitucional subjetivo²²⁵, podendo ser impetrado por qualquer titular de um direito constitucional inviabilizado por falta de regulamentação infraconstitucional. Sua natureza jurídica, por conseguinte, é de *garantia constitucional*²²⁶, vez que os efeitos jurídicos que se pretende produzir com a sua propositura consistem na garantia de direitos constitucionais²²⁷.

É esta especificidade do mandado de injunção que não permite a sua compreensão como um “reverso da medalha” da ação de inconstitucionalidade por omissão, ou seja, ele não se resume ao instrumento concreto que, paralelamente ao abstrato (ADIn por omissão), estaria a completar o sistema brasileiro de controle da constitucionalidade por omissão²²⁸. A ADIn por omissão é um mecanismo de fiscalização direta e abstrata de inconstitucionalidade, tendo como principal objeto a constatação ou não da inconstitucionalidade por omissão, ao passo que o mandado de injunção possui natureza de remédio constitucional²²⁹, que se encontra a serviço dos

²²³ DUARTE, Marcelo. Mandado de injunção. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 110, 1991. p. 131.

²²⁴ SILVA, José Afonso da. *Mandado de injunção e habeas data*. São Paulo: RT, 1989. p. 17.

²²⁵ OLIVEIRA, Herzeleide Maria Fernandes de. O mandado de injunção. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 100, 1988, p. 59-60.

²²⁶ Na definição de Paulo Bonavides: “A garantia constitucional é (...) a mais alta das garantias de um ordenamento jurídico, ficando acima das garantias legais ordinárias, em razão da superioridade hierárquica das regras da Constituição, perante as quais se curvam, tanto o legislador comum, como os titulares de qualquer dos Poderes, obrigados ao respeito e acatamento de direitos que a norma suprema protege”. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 532.

²²⁷ GOMES, Luiz Flávio. Anotações sobre o mandado de injunção. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 647, 1989. p. 41.

²²⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Op. Cit.*, p. 338 e 363-364; MODESTO, Paulo Eduardo Garrido. Inconstitucionalidade por omissão (categoria jurídica e ação constitucional específica). *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 97, jan./mar. 1991. p. 222.

²²⁹ É a interpretação dada por Luís Roberto Barroso: “afigura-se fora de dúvida que a melhor inteligência do dispositivo constitucional (art. 5º, LXXI) e de seu real alcance está em ver no mandado de injunção um instrumento de tutela efetiva de direitos que, por não terem sido suficiente ou adequadamente regulamentados, careçam de um tratamento excepcional, qual seja: que o Judiciário supra a falta de regulamentação, criando a norma para o caso concreto, com efeitos limitados às partes do processo”. BARROSO, Luís Roberto. Mandado

titulares de direitos constitucionais que têm o seu exercício obstaculizado pela falta de norma regulamentadora^{230 231}. Distingue-se, assim, a *garantia da constituição* exercida pela ADIn por omissão, da *garantia constitucional* representada pelo mandado de injunção²³².

Não se quer com isso dizer que no âmbito do mandado de injunção não haja controle de constitucionalidade, pois, adotando a concepção de Romeu Felipe Bacellar Filho, as garantias constitucionais exercem um duplo papel: ao mesmo tempo em que tutelam os direitos dos cidadãos, elas previnem violações ao direito objetivo, consagrando a legalidade²³³. A recíproca, porém, não é verdadeira: o controle abstrato de constitucionalidade não visa *prima facie* à proteção de direitos subjetivos, mas sim à defesa da integridade do direito objetivo, é dizer, da legalidade no sentido amplo e da primazia da normatividade constitucional²³⁴.

Portanto, quando um dos legitimados a propor ADIn (art. 103 da CF) ajuíza a ação perante o STF, está agindo em prol da defesa do direito objetivo, da supremacia das normas constitucionais, que restará enfraquecida quando houver omissão em regulamentá-las. Destaque-se que a norma não precisará, necessariamente, prever um

de injunção. Perfil doutrinário e evolução jurisprudencial. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 191, jan./mar. 1993. p. 4.

²³⁰ SARAIVA, Paulo Lopo. O mandado de injunção, os direitos sociais e a justiça constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 108, 1990. p. 86.

²³¹ Desta forma entende Carlos Alberto Garbi: “Não se deve olvidar que o mandado de injunção difere, em essência, da ação de inconstitucionalidade por omissão, porque o impetrante age na busca direta do Direito Constitucional em seu favor, diante de uma situação concreta, enquanto na ação de inconstitucionalidade, esta é enfocada em tese.” GARBI, Carlos Alberto. O silêncio inconstitucional. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 97, 1991. p. 164.

²³² A diferenciação entre as duas categorias é feita de forma esclarecedora por J. J. Gomes Canotilho: “A defesa da constituição pressupõe a existência de **garantias da constituição**, isto é, meios e institutos destinados a assegurar a observância, aplicação, estabilidade e conservação da lei fundamental. (...) As garantias da constituição não devem se confundir com as *garantias constitucionais*. Estas, como já foi assinalado (...), têm um alcance substancialmente subjectivo, pois reconduzem-se ao direito de os cidadãos exigirem dos poderes públicos a protecção dos seus direitos e o reconhecimento e consagração dos meios processuais adequados a essa finalidade.” (grifos no original). CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 887-888.

²³³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 89.

²³⁴ Como consequência desse entendimento, discorda-se de Roque Antonio Carrazza quando afirma que ambos os institutos – ADIn por omissão e mandado de injunção – constituem garantias constitucionais. Ao nosso ver, tal característica é reservada tão-somente ao segundo instrumento. Cf. CARRAZZA, Roque Antonio. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, n. 3, 1993. p. 120.

direito; basta que sua efetividade esteja comprometida por falta de regulamentação²³⁵. De forma diferente ocorre com o mandado de injunção, já que o impetrante, ao ajuizá-lo, busca a proteção do seu direito subjetivo, desatendido em decorrência da falta de norma regulamentadora. Por esse motivo, ao comparar os institutos, afirma Michel Temer:

o mandado de injunção tem em comum com a ação direta de controle de inconstitucionalidade por omissão apenas o fato da omissão (falta de norma regulamentadora). Nada mais (...). Os seus efeitos são outros: na ação de inconstitucionalidade **declara-se a omissão**; no mandado de injunção, **declara-se o direito**”²³⁶

Tais distinções acerca da natureza jurídica de ambas as ações engendram importantes conseqüências no plano prático. A primeira delas consiste no fato de que o âmbito de incidência do mandado de injunção, isto é, as suas possibilidades de cabimento, não se restringem às hipóteses de inconstitucionalidade por omissão, bastando a existência de um direito constitucional cujo exercício apresenta-se prejudicado em razão da ausência de regulamentação infraconstitucional.

Isso significa que a propositura do mandado de injunção não está condicionada a: (i) um decurso de tempo razoável para que o órgão competente pudesse elaborar a normatização do exercício do direito²³⁷; (ii) uma imposição constitucional expressa de regulamentar a norma, dirigida ao legislador ou ao administrador²³⁸. Pelo contrário: mesmo que não haja decorrido tempo hábil para a criação da regulamentação do direito, e ainda que a disposição constitucional que o define não imponha um dever de legislar ou regulamentar a norma, será cabível o mandado de injunção. Em suma, a mera configuração de lacuna técnica associada a outros pressupostos específicos que

²³⁵ Por exemplo, o art. 172, §1º da CF, prevê uma norma carente de regulamentação legislativa que não institui um direito: “A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.” Neste caso, será cabível ADIn por omissão, mas não será possível a impetração de mandado de injunção.

²³⁶ TEMER, Michel. Mandado de injunção e seus limites. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 98, 1991. p. 29.

²³⁷ Compartilham deste entendimento: MODESTO, Paulo Eduardo Garrido. Inconstitucionalidade por omissão (categoria jurídica e ação constitucional específica). *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 97, jan./mar. 1991. p. 223; SUNDFELD, Carlos Ari. Mandado de injunção. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 94, abr./jun. 1990. p. 150-151; CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Op. Cit.*, p. 364; SOUZA, Luciane Moessa de. *Op. Cit.*, p. 79. No sentido contrário, entendendo que “quando a falta for razoável ou quando estiver prestes a ser suprida, pela iminência da edição da norma regulamentadora, não se deve usar o Mandado de Injunção”, cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Mandado de injunção. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 56, out./dez. 1989. p. 113.

²³⁸ SOUZA, Luciane Moessa de. *Op. Cit.*, p. 81; SILVA, José Afonso da. **Mandado de injunção e habeas data**. São Paulo: RT, 1989. p. 23.

serão adiante analisados²³⁹ é suficiente para ensejar a impetração de mandado de injunção²⁴⁰.

A segunda consequência da diferenciação acima assinalada, que decorre diretamente da primeira, é a seguinte: se o mandado de injunção pode ser utilizado sempre que houver obstáculo à realização de direitos constitucionais por conta da falta de norma regulamentadora, ainda que não se caracterize a inconstitucionalidade por omissão com todos os requisitos que lhe são inerentes, então o instituto se revela como meio adequado a tutelar, por via jurisdicional, os direitos fundamentais não regulamentados. Recordando a premissa adotada na advertência metodológica feita no início deste trabalho, partiu-se da situação-problema de direito material – inefetividade de direitos fundamentais por falta de concretização infraconstitucional – em busca da técnica processual idônea à sua satisfação no plano jurisdicional – o mandado de injunção.

Ocorre que, como bem adverte Adhemar Ferreira Maciel, arrimado em Pontes de Miranda, a primeira condição para se interpretar uma lei de maneira proveitosa é a simpatia²⁴¹. E a simpatia não parece ter estado presente quando o Supremo Tribunal Federal definiu os contornos jurídicos do mandado de injunção, ao julgar o *leading case* da matéria²⁴². Destarte, impende perquirir de que forma os intérpretes da Constituição Federal – tanto no âmbito doutrinário quanto no jurisprudencial – conceberam o instituto no direito brasileiro, para então analisar se o mandado de injunção pode ou não servir aos fins pretendidos por esta pesquisa.

²³⁹ Parte III, Capítulo II, Tópico 2.1., Sub-tópico 2.1.2.

²⁴⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Op. Cit.*, p. 365.

²⁴¹ MACIEL, Adhemar Ferreira. Mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Mandados de segurança e de injunção**. Estudos de Direito Processual-Constitucional em memória de Ronaldo Cunha Campos. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 366.

²⁴² Cabe aqui a lição de Clèmerson Merlin Clève, quando diz que: “Em matéria constitucional, a garantia da normatividade depende menos da previsão de inusitados meios processuais do que de uma específica formação dos homens que julgam”. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Op. Cit.*, p. 338.

2.3. O mandado de injunção e a interpretação do STF: reflexos de um paradigma em vias de superação

Conforme já visto na advertência metodológica desta monografia, a tutela jurisdicional detém uma natureza instrumental em relação ao direito material, devendo sempre levar em conta as suas necessidades, “*que nada mais são do que os resultados jurídico-substanciais que o processo deve proporcionar para que os direitos sejam efetivamente protegidos*”²⁴³. Desta sorte, identificada a situação de direito material que exige solução processual – a impossibilidade de exercício de direitos fundamentais decorrente da falta de norma regulamentadora – cumpre investigar a fundo o instrumento colocado pela Constituição Federal a serviço dos cidadãos que se encontram na referida situação: o mandado de injunção.

Cabe tecer, anteriormente, uma breve consideração. Mencionou-se no subtópico 1.2.3. do capítulo anterior que a aplicabilidade de determinados direitos fundamentais, embora seja sempre imediata, pode carecer de mediações concretizadoras. Isso não significa que tais mediações devam ser, necessariamente, elaboradas pelo Legislativo ou pela Administração Pública. Isso porque os direitos fundamentais incidem diretamente sobre o Estado, gerando um dever de proteção ao legislador, ao administrador e ao juiz; sobre o magistrado, portanto, recai também o dever de proteger os direitos fundamentais, prestando tutela àqueles que não forem protegidos pelo legislador ou pelo administrador²⁴⁴.

E foi exatamente pela descrença do constituinte, causada pela inércia do legislador²⁴⁵ e do administrador em relação à regulamentação concretizadora dos direitos constitucionais, que a Constituição da República previu o mandado de injunção. Antes de identificar as diferentes interpretações que foram dadas ao instituto pela doutrina e jurisprudência pátrias, é interessante analisar brevemente as fontes que inspiraram a criação do mandado de injunção no direito brasileiro.

²⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004. p. 29.

²⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006. p. 81.

²⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade das suas normas*. 8 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 244.

2.3.1. Origens do instituto

É acirrada a divergência doutrinária quanto às origens do mandado de injunção, dadas as semelhanças que o instituto compartilha com outros instrumentos processuais, previstos no direito estrangeiro.

Alguns autores consideram-no uma derivação do *writ of injunction* norte-americano. Segundo José Afonso da Silva, o mandado de injunção surgiu na Inglaterra, no fim do século XIV, com base no juízo equidade, o qual fundamentava a outorga de um direito através da atuação discricionária de um juízo especial quando faltasse regulamentação protetiva ao direito do cidadão²⁴⁶. O autor, contudo, assim como muitos outros²⁴⁷, assevera que o instituto que efetivamente inspirou o constituinte brasileiro foi a *injunction* norte-americana, que ingressou no direito estadunidense em 1980. Ela pode revestir-se na forma de *prohibitory injunction*, quando impõe a abstenção de uma ação violadora de direito, ou de *mandatory injunction*, quando determina a prática de um ato, sem a qual haverá violação um direito²⁴⁸. Esta segunda teria dado origem ao mandado de injunção pátrio²⁴⁹.

As críticas a essa posição são feitas no sentido de que a *injunction* possui uma diversidade de funções não destinadas ao mandado de injunção, como, por exemplo, impedir o desrespeito a dispositivos de leis, perfeitamente exigíveis, que independem de regulamentação posterior para produzirem efeitos²⁵⁰.

²⁴⁶ SILVA, José Afonso da. **Mandado de injunção e habeas data**. São Paulo: RT, 1989. p. 10-11.

²⁴⁷ Nesse sentido: ACKEL FILHO, Diomar. **Writs constitucionais: “habeas corpus”, mandado de segurança, mandado de injunção, “habeas data”**. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 102-103; TORNAGHI, Hélio. O mandado de injunção. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 306, 1989. p. 80; SANTOS, Aricê Moacyr Amaral. **O mandado de injunção**. São Paulo: RT, 1989. p. 10-14; DUARTE, Marcelo. Mandado de injunção. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 110, 1991. p. 129; GARCIA, José Carlos Cal. Mandado de injunção. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 88, 1988. p. 113.

²⁴⁸ SOUZA, Luciane Moessa de. *Op. Cit.*, p. 65.

²⁴⁹ Ricardo Lobo Torres vislumbra outra modalidade de *injunction* como a fonte do mandado de injunção: a *structural injunction*, que consiste no “mandado judicial que, fundado a equidade, estabelece normas a serem seguidas pelos outros poderes do Estado na defesa dos direitos constitucionais dos cidadãos americanos desrespeitados pelas instituições administrativas”. TORRES, Ricardo Lobo. O mandado de injunção e a legalidade financeira. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 187, 1992. p. 95-97.

²⁵⁰ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Mandado de injunção**. São Paulo: Atlas, 1999. p. 33. Criticando a correlação feita pela doutrina entre o mandado de injunção e o *writ of injunction* norte-americano, e afirmando que a utilização do termo “injunção” surgiu por um “acidente vocabular”, SARAIVA, Paulo Lopo. O mandado de injunção, os direitos sociais e a justiça constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 108, 1990. p. 79-80. Vale ainda conferir a contundente crítica de J. J. Calmon de Passos, quanto à alusão ao direito

Outros, por outro lado, compreendem o instituto como um desenvolvimento do *Verfassungsbeschwerde* do direito germânico²⁵¹. Previsto no art. 93 da Constituição alemã, o *Verfassungsbeschwerde* pode ser proposto por qualquer cidadão, perante o Tribunal Constitucional, quando tiver seus direitos fundamentais²⁵² prejudicados em razão de uma ação ou omissão do Poder Público, cabendo ao Judiciário tutelar o direito²⁵³. Há autores que enxergam similitudes entre ambos os institutos acima referidos e o mandado de injunção²⁵⁴.

São diversas, porém, as distinções entre o *Verfassungsbeschwerde* e o mandado de injunção. Pode-se citar, entre outras, o fato de que aquele é cabível para impugnar qualquer violação (por omissão, ou, principalmente, por ação), enquanto este somente será utilizável em casos de omissão; além disso, é vedado o ajuizamento do instituto alemão quando a regulamentação do exercício do direito tiver obrigatoriamente de ser suprida pelo Poder Legislativo, ao passo que o mandado de injunção será cabível exatamente nas hipóteses em que a intervenção do órgão regulamentador for imprescindível²⁵⁵.

Parcela da doutrina considera a própria ação de inconstitucionalidade por omissão do direito português como a fonte originária do mandado de injunção²⁵⁶.

inglês e ao direito norte-americano, PASSOS, J. J. Calmon de. **Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data (constituição e processo)**. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 103-106.

²⁵¹ COSTA, José Rubens. O mandado de injunção como norma garantidora dos direitos sociais. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Mandados de segurança e de injunção**. Estudos de Direito Processual-Constitucional em memória de Ronaldo Cunha Campos. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 440. TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério. **Constituição de 1988 e processo**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 151. Considerando que o *Verfassungsbeschwerde*, de certa forma, lembra o nosso mandado de injunção, mas afirmando que a fonte inspiradora do constituinte brasileiro foi a ADIn por omissão portuguesa, MACIEL, Adhemar Ferreira. Mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Mandados de segurança e de injunção**. Estudos de Direito Processual-Constitucional em memória de Ronaldo Cunha Campos. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 382.

²⁵² Além dos direitos fundamentais, a ação pode ser proposta para a tutela dos direitos incluídos nos artigos 20, seção 4, 33, 38 e 101 a 104 da Lei Fundamental de Bonn. Cf. PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Op. Cit.*, p. 34 e 36.

²⁵³ PIOVESAN, Flávia. *Op. Cit.*, p. 178. Para uma explicação detalhada sobre o funcionamento do *Verfassungsbeschwerde*, ver MACIEL, Adhemar Ferreira. *Op. Cit.*, p. 382-384.

²⁵⁴ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. As novas garantias constitucionais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: n. 644, 1989. p. 13. e DOBROWOLSKI, Sílvio. Os meios jurisdicionais para conferir eficácia às normas constitucionais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 643, 1989. p. 18.

²⁵⁵ Para verificar outras distinções entre o *Verfassungsbeschwerde* e o mandado de injunção, ver PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Op. Cit.*, p. 34-37.

²⁵⁶ SARAIVA, Paulo Lopo. O mandado de injunção, os direitos sociais e a justiça constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 108, 1990. p. 79-81.; MACIEL, Adhemar Ferreira. *Op. Cit.*, p. 382-384; MOREIRA, Wander Paulo Marotta. Notas sobre o mandado de injunção. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo.

Entretanto, as distinções entre os dois são as mesmas existentes entre a ADIn por omissão brasileira e o mandado de injunção.

Finalmente, há aqueles que consideram o instituto como flor nativa, sem precedentes no Direito Comparado, dadas as especificidades que o caracterizam²⁵⁷. Independentemente de possíveis influências oriundas no direito alienígena, parece não haver dúvidas quanto ao fato de o mandado de injunção apresentar peculiaridades que o distinguem de todos os instrumentos processuais acima mencionados. No entanto, calha ressaltar a advertência feita por Luciane Moessa de Souza, para quem, a despeito de a garantia constitucional constituir inovação e apresentar características próprias que a diferem dos instrumentos concebidos em outros ordenamentos, *“não deixa de ser útil pesquisar a utilização e o desenvolvimento histórico daqueles institutos, utilidade que se verifica na exata medida das semelhanças encontradas quanto à finalidade social que se pretende alcançar com o mandado de injunção”*²⁵⁸.

Assim, qualquer que tenha sido a inspiração do constituinte brasileiro de 1988²⁵⁹, a criação do mandado de injunção foi realizada de forma inovadora, com diversas particularidades, o que levou ao surgimento de diferentes correntes interpretativas quando aos seus efeitos, a serem estudadas no próximo tópico.

Mandados de segurança e de injunção. Estudos de Direito Processual-Constitucional em memória de Ronaldo Cunha Campos. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 406-407. Concordando com a influência do direito norte-americano, mas considerando como principal fonte inspiradora o direito constitucional português, PACHECO, José da Silva. **O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas**. 4. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 366.

²⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade das suas normas**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 244; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 275-276; BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 250; CARRAZZA, Roque Antonio. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, n. 3, 1993. p. 125; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Op. Cit.*, p. 34-37; MAZZEI, Rodrigo. Mandado de injunção. In: DIDIER JR, Fredie (org.). **Ações Constitucionais**. Salvador: JusPodivm, 2006. p. 144; TÁCITO, Caio. O direito à espera da lei. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 181-182, jul./dez. 1990. p. 44;

²⁵⁸ SOUZA, Luciane Moessa de. *Op. Cit.*, p. 69; PUCCINELLI JÚNIOR, André. *Op. Cit.*, p. 171.

²⁵⁹ Para um exame atento sobre os debates travados na Assembléia Nacional Constituinte acerca do mandado de injunção, ver CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 50-60. e QUARESMA, Regina. **O mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão: teoria e prática**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 41-47.

2.3.2. As correntes interpretativas na doutrina brasileira

Por constituir inovação sem precedentes no direito brasileiro, trazida à baila pela Constituição de 1988, a partir de sua promulgação foram diversas as interpretações dadas ao mandado de injunção, especialmente no que diz respeito ao seu objeto e aos efeitos da decisão judicial nele proferida.

De forma bastante sintetizada, podem ser reunidas em três grupos as principais correntes interpretativas acerca do objeto e dos efeitos da decisão no mandado de injunção. Através do mandado de injunção, competiria ao Poder Judiciário: (a) declarar a inconstitucionalidade da omissão estatal, dando ciência ao órgão competente para a elaboração da norma faltante; (b) elaborar a norma regulamentadora necessária ao exercício do direito reclamado, com efeitos *erga omnes*, de modo a suprir provisoriamente a omissão estatal; (c) tornar viável, no caso concreto, o exercício do direito obstado pela ausência de regulamentação, com efeitos *inter partes*.

Defendendo a primeira corrente, Manoel Gonçalves Ferreira Filho entende que a ação constitucional sob exame tem finalidade análoga à da ação direta de inconstitucionalidade por omissão²⁶⁰. A concessão do mandado de injunção teria por conseqüência incitar o Judiciário a comunicar ao Poder competente a sua omissão em formular a norma regulamentadora²⁶¹. A posição do autor, voz isolada na doutrina que, paradoxalmente, encontrou eco na jurisprudência²⁶², recebeu severas críticas dos estudiosos que se debruçaram sobre o tema.

A primeira delas diz com a própria essência do instituto. No caso do mandado de injunção, em que o titular de um direito cujo exercício encontra-se inviabilizado busca a sua concretização mediante a tutela jurisdicional, de que adiantaria dar ciência ao órgão competente para a criação da norma faltante? Se a concessão do *mandamus*

²⁶⁰ Recorde-se que no presente trabalho advoga-se que a ADIn por omissão tem por finalidade provocar o STF para suprir a falta de norma regulamentadora, criando a regulamentação necessária a tornar efetiva a norma constitucional, de modo provisório e com efeitos *erga omnes*, até a elaboração da norma pelo órgão competente. Assim, na concepção aqui atribuída à ADIn por omissão, não faria sentido dizer que o mandado de injunção, segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, tem a mesma finalidade que a ADIn por omissão. A referência é feita em relação à concepção quanto à finalidade da ADIn por omissão adotada pelo STF e pela doutrina majoritária.

²⁶¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 277.

²⁶² Como se verá no próximo tópico.

não pode compelir o Poder competente a editar a regulamentação, o direito continuaria desprotegido caso o órgão se mantivesse omissos. Logo, a primeira crítica consiste na inefetividade da decisão meramente declaratória, que tornaria inócuo o instrumento²⁶³.

A segunda censura a essa corrente concerne à incoerência de existirem dois institutos com o mesmo fim. Não faria sentido o legislador constitucional criar a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, dar a ela a função de cientificar o órgão competente acerca da mora em regulamentar a norma constitucional, restringir a sua legitimidade ativa às pessoas e entidades arroladas no art. 103 da CF, e, concomitantemente, instituir o mandado de injunção com a mesmíssima finalidade, mas possibilitando a sua propositura por qualquer titular de direito constitucional não regulamentado²⁶⁴.

Outra parcela da doutrina, opondo-se radicalmente a este primeiro entendimento, sustenta que o mandado de injunção visa a provocar o Poder Judiciário para expedir a norma regulamentadora do direito reclamado, mediante decisão com efeitos *erga omnes* e validade provisória, até a superveniência da criação da regulamentação pelo Poder competente²⁶⁵. Deste modo, não apenas o impetrante, mas todos os titulares do direito constitucional inviabilizado pela falta de concretização infraconstitucional seriam, de forma isonômica, beneficiados pelos efeitos da decisão. O Judiciário faria as vezes do Poder omissos (Legislativo ou Executivo), criando norma

²⁶³ Entre os inúmeros autores que, com toda a razão, pontuam essa obviedade, estão: OLIVEIRA, Régis Fernandes. Instrumentos brasileiros de defesa e participação dos administrados. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 677, 1992, p. 93; BARBI, Celso Agrícola. Mandado de injunção. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 637, 1988, p. 9; SOUZA, Luciane Moessa de. *Op. Cit.*, p. 106; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Mandado de injunção**. São Paulo: Atlas, 1999. p. 84-87; MOREIRA, José Carlos Barbosa. Mandado de injunção. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 56, out./dez. 1989. p. 114.

²⁶⁴ PIOVESAN, Flávia. *Op. Cit.*, p. 150-151; BARROSO, Luís Roberto. Mandado de injunção. Perfil doutrinário e evolução jurisprudencial. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 191, jan./mar. 1993. p. 6-7; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Mandado de injunção**. São Paulo: Atlas, 1999. p. 82-83; TEMER, Michel. Mandado de injunção e seus limites. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 98, 1991. p. 29.

²⁶⁵ Corrente defendida por: SOUZA, Luciane Moessa de. **Normas constitucionais não-regulamentadas: instrumentos processuais**. São Paulo: RT, 2004. p. 113-118; GOMES, Luiz Flávio. Anotações sobre o mandado de injunção. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 647, 1989, p. 43; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Mandado de injunção**. São Paulo: Atlas, 1999. p. 106. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A natureza do mandado de injunção. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 56, 1989, p. 88; GRECO FILHO, Vicente. **Tutela constitucional das liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 182-184; PASSOS, J. J. Calmon de. **Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data (constituição e processo)**. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 123. Adotando a corrente somente nos casos de omissões legislativas, OLIVEIRA, Herzeleide Maria Fernandes de. O mandado de injunção. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 100, 1988, p. 57.

de caráter geral e abstrato, de modo que a regulamentação do exercício do direito seria a mesma para todos os seus titulares.

Essa corrente, embora privilegie a efetividade do instituto e da proteção por ele conferida aos direitos constitucionais carentes de regulamentação, viabilizando sem sombra de dúvidas o exercício de tais direitos, foi rechaçada por aqueles que enxergam nessa hipótese uma violação ao princípio da separação dos poderes²⁶⁶, consagrado no art. 2º da CF²⁶⁷. O Judiciário estaria se imiscuindo na esfera de atuação do Legislativo ou do Executivo, ferindo um dos pilares do Estado de Direito, considerado pelo ordenamento constitucional pátrio como cláusula pétrea (art. 60, §4º, III da CF)²⁶⁸. Outro argumento contrário a essa interpretação está ligado ao princípio democrático: o Poder Judiciário não possuiria legitimidade democrática para definir regulamentações com força normativa, uma atividade política reservada tão-só e unicamente aos Poderes Executivo e Legislativo, os quais encontram-se respaldados pela representatividade popular²⁶⁹.

Uma terceira crítica desferida a esse entendimento é aquela segundo a qual, elaborando a norma de forma genérica, o Judiciário estaria assegurando a integridade do direito objetivo (finalidade da fiscalização abstrata de constitucionalidade), e não tutelando o direito subjetivo (objeto do mandado de injunção)²⁷⁰.

Finalmente, de acordo com a terceira corrente, caberia ao Poder Judiciário no julgamento do mandado de injunção criar a regulamentação do exercício do direito no caso concreto, viabilizando a fruição dos seus efeitos apenas ao impetrante, imprimindo à decisão efeitos *inter partes*. Assim o Judiciário não estaria usurpando

²⁶⁶ Nesse influxo: MACIEL, Adhemar Ferreira. *Op. Cit.*, p. 377; BARBI, Celso Agrícola. Mandado de injunção. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Mandados de segurança e de injunção**. Estudos de Direito Processual-Constitucional em memória de Ronaldo Cunha Campos. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 390-391; PIOVESAN, Flávia. *Op. Cit.*, p. 149.

²⁶⁷ Art. 2º da CF: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

²⁶⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 277.

²⁶⁹ Nas palavras de Clèmerson Clève: “é difícil imaginar que um órgão como o Judiciário, cujos agentes não dispõem de representatividade popular, pudesse exercer a liberdade de conformação típica do Legislativo e excepcionalmente do Executivo. Aceita essa tese, decorreria como consequência a negação do sistema constitucional brasileiro de organização funcional do poder, que atribui o exercício da política, enquanto atividade de determinação no sentido para o qual se orienta a ação estatal, ao Executivo e ao Legislativo”. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Op. Cit.*, p. 375-376.

²⁷⁰ PIOVESAN, Flávia. *Op. Cit.*, p. 148-149.

competência dos demais Poderes, vez que sua atuação se limitaria a exercer a função jurisdicional sobre o caso individual, resolvendo o litígio mediante a tutela do direito constitucional. É o entendimento majoritário na doutrina quanto aos efeitos do instituto²⁷¹, o que não significa, todavia, que esteja isento de críticas. A esse posicionamento, opõe-se o argumento de que a criação da norma faltante apenas ao caso concreto ofenderia os princípios da isonomia²⁷² e da segurança jurídica²⁷³, uma vez que titulares do mesmo direito receberiam tratamento diferenciado pelos tribunais. Além disso, tal possibilidade criaria o risco de haver uma avalanche de mandados de injunção a serem julgados pelas Cortes Superiores (STF e STJ²⁷⁴), o que inviabilizaria os trabalhos desses Tribunais²⁷⁵.

Feito esse breve apanhado das posições doutrinárias acerca dos efeitos do mandado de injunção, cumpre agora analisar a feição conferida ao instituto pelo Supremo Tribunal Federal, através da qual foi definida, na prática, a finalidade e os efeitos da referida garantia constitucional.

2.3.3. O mandado de injunção interpretado pelo STF: *e se acabou no chão feito um pacote tímido*

Conquanto tenham sido impetrados diversos mandados de injunção perante o Supremo Tribunal Federal desde a promulgação da Constituição de 1988, foi somente em 23 de novembro de 1989, no julgamento do Mandado de Injunção nº 107-3-DF²⁷⁶ (*leading case* da matéria), que a Corte teve a oportunidade de ultrapassar o juízo de

²⁷¹ Dentre os diversos defensores desta posição, pode-se mencionar: BARROSO, Luís Roberto. Mandado de injunção. Perfil doutrinário e evolução jurisprudencial. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 191, jan./mar. 1993. p. 4; PIOVESAN, Flávia. *Op. Cit.*, p. 157-159; SILVA, José Afonso da. **Mandado de injunção e habeas data**. São Paulo: RT, 1989. p. 27; MACIEL, Adhemar Ferreira. *Op. Cit.*, p. 377; MOREIRA, Wander Paulo Marotta. Notas sobre o mandado de injunção. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Mandados de segurança e de injunção**. Estudos de Direito Processual-Constitucional em memória de Ronaldo Cunha Campos. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 416; PUCCINELLI JÚNIOR, André. *Op. Cit.*, p. 190.

²⁷² PASSOS, J. J. Calmon de. **Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data (constituição e processo)**. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 123; GOMES, Luiz Flávio. Anotações sobre o mandado de injunção. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 647, 1989. p. 42.

²⁷³ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Mandado de injunção**. São Paulo: Atlas, 1999. p. 98.

²⁷⁴ Conforme a distribuição de competências para o julgamento do mandado de injunção, tema que será visto com mais profundidade na Parte III, Capítulo II, Tópico 2., Sub-tópico 2.5. deste trabalho.

²⁷⁵ SOUZA, Luciane Moessa de. *Op. Cit.*, p. 111-112.

²⁷⁶ Ajuizado em 21 de abril de 1989.

admissibilidade e iniciar o enfrentamento do tema da natureza, finalidade e efeitos da decisão no mandado de injunção²⁷⁷.

Na ocasião, o impetrante, oficial temporário do Exército Brasileiro, postulava a viabilização do exercício do seu suposto direito de gozar de estabilidade como servidor militar, uma vez que contava com mais de nove anos de serviço na condição de oficial R/2. No pensar do impetrante, o direito encontrava-se, à época, insculpido no art. 42, §2º da CF²⁷⁸.

O Tribunal, acolhendo o voto do Relator Ministro Moreira Alves, adotou a primeira corrente dentre aquelas citadas no tópico anterior²⁷⁹, emprestando ao instituto a função de provocar a jurisdição para, tão-só e unicamente, declarar a inconstitucionalidade da omissão do Poder Público quanto à regulamentação do direito reclamado, dando ciência ao órgão competente para elaborar a norma regulamentadora²⁸⁰.

Os argumentos utilizados para justificar a posição assumida pelo Tribunal foram os mesmos referidos acima, no que diz respeito às críticas cabíveis à segunda e à terceira correntes interpretativas.

A atribuição de caráter constitutivo à decisão, permitindo-a dispor normativamente acerca da regulamentação faltante, daria ao mandado de injunção alcance maior do que aquele definido para a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, cujo resultado deveria resumir-se à comunicação ao órgão omisso (art. 103, §2º da CF). Ademais, segundo a decisão do STF, colocar-se-ia em risco o princípio da harmonia e equilíbrio entre os Poderes, havendo uma invasão do Judiciário na seara

²⁷⁷ VALLE, Vanice Regina Lirio do. **A construção de uma garantia constitucional**: compreensão da Suprema Corte quanto ao mandado de injunção. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 13-14.

²⁷⁸ O dispositivo, alterado pela Emenda Constitucional nº18 de 1988, possuía a seguinte redação: “A lei disporá sobre os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do servidor militar para a inatividade”.

²⁷⁹ Enquadrada, na classificação formulada por Regina Quaresma, na *tese da subsidiariedade*, por entender o mandado de injunção como subsidiário da ação de inconstitucionalidade por omissão. QUARESMA, Regina. **O mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão**: teoria e prática. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 69.

²⁸⁰ Impende, contudo, registrar os votos divergentes dos eminentes Ministros Carlos Velloso e Célio Borja, aos quais se juntaram, posteriormente, em outros julgamentos, os Ministros Marco Aurélio e Ilmar Galvão. Cf. QUARESMA, Regina. **O mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão**: teoria e prática. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 71. e PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Mandado de injunção**. São Paulo: Atlas, 1999. p. 91-93.

reservada ao Legislativo, ofendendo ainda o princípio da reserva legal, pois o dever de agir do impetrado decorreria de outra fonte que não a lei. Além disso, a elaboração da regulamentação do exercício do direito exigiria juízos de cunho político, os quais não competiriam ao Poder Judiciário, mas precisamente aos órgãos omissos dotados de competência para a criação da norma faltante²⁸¹. Quanto à criação da norma faltante com efeitos somente *inter partes*, entendeu o Supremo Tribunal que haveria o risco de serem proferidas decisões díspares, atentando contra o princípio da segurança jurídica, inerente ao Estado Democrático de Direito²⁸².

A Corte Suprema atribuiu primazia ao princípio da separação dos poderes e da segurança jurídica, em detrimento dos princípios da efetividade das normas constitucionais, da supremacia da Constituição e da inafastabilidade do Poder Judiciário, permitindo que os direitos fundamentais carentes de regulamentação continuassem sem a necessária proteção pela jurisdição. A função do mandado de injunção se reduziria a comunicar o Poder faltante sobre o seu dever de regulamentar o direito constitucional reclamado. Com base em tais argumentos, o acórdão foi registrado sob a seguinte ementa:

Em face dos textos da Constituição Federal relativos ao mandado de injunção, é ele ação outorgada ao titular de direito, garantia ou prerrogativa a que alude o artigo 5º, LXXI, dos quais o exercício está inviabilizado pela falta de norma regulamentadora, e ação que visa a obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar por parte do Poder, órgão, entidade ou autoridade de que ela dependa, com a finalidade de que se lhe de ciência dessa declaração, para que adote as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, §2º, da Carta Magna), e de que se determine, se se tratar de direito constitucional oponível contra o Estado, a suspensão dos processos judiciais ou administrativos de que possa advir para o impetrante dano que não ocorreria se não houvesse a omissão inconstitucional²⁸³.

²⁸¹ É o que se depreende dos votos dos Ministros Sepúlveda Pertence (p. 70) e Celso de Mello (p. 58), ambos proferidos no MI nº 107-3-DF. Cf. VALLE, Vanice Regina Lírio do. **A construção de uma garantia constitucional**: compreensão da Suprema Corte quanto ao mandado de injunção. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 19.

²⁸² VALLE, Vanice Regina Lírio do. **A construção de uma garantia constitucional**: compreensão da Suprema Corte quanto ao mandado de injunção. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 20.

²⁸³ STF, MI nº 107-3-DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJU 21.09.1990. Julgados posteriores seguiram o mesmo influxo, como é o caso do MI nº 168-5-RS, ementado nos seguintes termos: “O mandado de injunção nem autoriza o Judiciário a suprir a omissão legislativa ou regulamentar, editando o ato normativo omitido, nem, menos ainda, lhe permite ordenar, de imediato, ato concreto de satisfação do direito reclamado: mas, no pedido, posto que de atendimento impossível, para que o Tribunal o faça, se contém o pedido de atendimento possível para a declaração de inconstitucionalidade da omissão normativa, com ciência ao órgão competente para que a supra” (STF, MI nº 168-5-RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 20.4.1990).

Em função desta construção interpretativa do STF, o mandado de injunção *se acabou no chão feito um pacote tímido*²⁸⁴, perdendo suas potencialidades em decorrência de uma postura extremamente acanhada da Suprema Corte. Se encarmos o ferramental jurídico proporcionado pelo mandado de injunção como o *barco* que poderia nos levar em direção à *ilha desconhecida* – realização prática dos direitos fundamentais²⁸⁵ – pode-se dizer que o STF, em sua construção, adicionou-lhe uma âncora demasiadamente pesada, fazendo-o afundar na imensidão das águas da inutilidade. Tal configuração atribuída ao instrumento acabou por tolher a possibilidade de o titular do direito, mediante a propositura da ação constitucional, ter garantida a tutela do seu direito material, inviabilizada pela inação do Poder Público.

Aliás, a interlocução com *O conto da ilha desconhecida* levada a efeito por Melina Girardi Fachin no estudo da efetivação dos direitos humanos e fundamentais²⁸⁶ parece encaixar perfeitamente no presente caso, ilustrando bem a situação em que se encontram os titulares de direitos constitucionais não regulamentados perante o STF. No conto de José Saramago o homem do leme batia às portas da casa do Rei, pleiteando um barco diante da porta das petições²⁸⁷. O Rei não atendia prontamente o postulante, mas ordenava ao primeiro-secretário que fosse descobrir o que queria o impetrante. “Então, o primeiro-secretário chamava o segundo-secretário, este chamava o terceiro, que mandava o primeiro-ajudante, que por sua vez mandava o segundo, e assim por aí fora até chegar à mulher da limpeza, a qual, não tendo ninguém em quem mandar, entreabria a porta das petições e perguntava pela frincha, *Que é que tu queres*”²⁸⁸.

Era necessário todo o caminho de volta para que o recado finalmente chegasse ao Rei, que raramente aproximava-se do suplicante para ouvir o seu pedido. A decisão do STF de utilizar o mandado de injunção apenas para notificar o órgão competente

²⁸⁴ Trecho da música *Construção*, composta por Chico Buarque de Holanda. HOLANDA, Chico Buarque. **Construção**. Canção interpretada pelo compositor. Álbum: Construção. Direção de Produção e Estúdio: Roberto Menescal. Direção de Musical: Magro. Estúdio Phonogram, 1971.

²⁸⁵ FACHIN, Melina Girardi. **Direitos humanos e fundamentais: do discurso teórico à prática efetiva** – um olhar por meio da literatura. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2007. p. 18.

²⁸⁶ FACHIN, Melina Girardi. *Idem, Ibidem*.

²⁸⁷ Conforme já dito, o barco consistia no instrumento necessário para lançar-se em busca da ilha desconhecida.

²⁸⁸ SARAMAGO, José. **O conto da ilha desconhecida**. São Paulo: Cia das Letras, 1998. p. 6.

para a elaboração da norma sobre a sua omissão assemelha-se curiosamente à política de recados adotada pelo Rei no conto português, em que os pedidos eram feitos mediante diversos entraves burocráticos, as realidades dificilmente eram observadas e as demandas se esvaíam em meio a comunicações vãs.

Parece ter faltado durante muito tempo ao Supremo Tribunal Federal a coragem que acometeu a mulher da limpeza d'*O conto da ilha desconhecida*, de abandonar o posto de levar recados dos impetrantes que batiam à porta das petições e, de uma vez por todas, atravessar a porta das decisões “*que é raro ser usada, mas quando o é, é*”²⁸⁹, para finalmente apanhar o *barco* e lançar-se ao mar, em busca da *ilha desconhecida*. Somente assim o STF abandonaria o sistema de comunicação dos órgãos omissos, assumindo uma postura de decisão, utilizando-se do instrumental colocado à disposição pelo ordenamento jurídico (*barco*) para alcançar, na prática, a realização efetiva dos direitos fundamentais (*ilha desconhecida*).

A falta de *vontade de Constituição*²⁹⁰, ou mesmo de *vontade de direitos fundamentais*²⁹¹ da Corte Suprema foi severamente rechaçada pela doutrina brasileira, tendo sido considerada “*uma jurisprudência tímida, conservadora, quando não reacionária*”²⁹². Parece, todavia, que a referida construção do mandado de injunção pelo STF estava vinculada a compreensões imersas em paradigmas já superados, razão pela qual significou uma disparidade frente às hodiernas concepções de Constituição, jurisdição, ação e processo, surgidas com o advento do Estado Constitucional. Para construir um novo *barco*, isto é, uma nova configuração jurídica ao mandado de injunção, faz-se imperioso, por conseguinte, observar as transformações ocorridas em face da transição paradigmática do Estado Legislativo para o Estado Constitucional.

²⁸⁹ SARAMAGO, José. *O conto da ilha desconhecida*. São Paulo: Cia das Letras, 1998. p. 23.

²⁹⁰ Expressão cunhada por HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 32.

²⁹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 80.

²⁹² BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade das suas normas*. 8 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 166-167.

PARTE II – A TRANSIÇÃO PARADIGMÁTICA DO ESTADO LEGISLATIVO AO ESTADO CONSTITUCIONAL E A CONCRETIZAÇÃO JURISDICIONAL DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: *ERGUEU NO PATAMAR QUATRO PAREDES SÓLIDAS*

Ao que tudo indica, a interpretação atribuída ao mandado de injunção pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do *leading case* da matéria aponta para uma vinculação a valores compartilhados em um paradigma já ultrapassado: o paradigma do Estado Legislativo²⁹³. A conformação dada ao instituto impossibilitou a sua utilização para a efetiva proteção jurisdicional dos direitos fundamentais que reclamam concretização infraconstitucional para produzirem seus efeitos.

A construção de uma nova feição ao instituto, capaz de torná-lo um mecanismo eficaz de tutela de direitos fundamentais (objetivo maior deste trabalho), requer um estudo prévio acerca das exigências colocadas pelo paradigma contemporâneo de direito e de Estado: o paradigma do Estado Constitucional. A passagem do Estado Legislativo ao Estado Constitucional *ergueu no patamar quatro paredes sólidas*²⁹⁴, operando transformações no âmbito da Filosofia do Direito, do Direito Constitucional, da concepção de jurisdição e do Direito Processual Civil, constituindo quatro firmes alicerces sobre os quais se pode edificar uma nova construção jurídica. Por consequência, o papel do Poder Público em promover a realização dos direitos fundamentais e as relações entre as funções estatais também sofreram significativas modificações, tornando-se imprescindível empreender uma releitura de alguns dogmas que hoje se encontram ultrapassados ou, ao menos, em vias de superação.

Desta sorte, a segunda parte desta pesquisa, que ora se inicia, tem por escopo analisar de que forma as revoluções ocorridas em razão da transição do Estado Legislativo ao Estado Constitucional impõem uma nova visão acerca da concretização jurisdicional dos direitos fundamentais, do princípio da separação dos poderes, e,

²⁹³ Como afirma Gustavo Zagrebelsky, parece que a idéia de direito que o atual Estado Constitucional implica não entrou plenamente no ar que respiram os juristas. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 1999. p. 10.

²⁹⁴ Trecho da música *Construção*, composta por Chico Buarque de Holanda. HOLANDA, Chico Buarque. *Construção*. Canção interpretada pelo compositor. Álbum: *Construção*. Direção de Produção e Estúdio: Roberto Menescal. Direção de Musical: Magro. Estúdio Phonogram, 1971.

conseqüentemente, da configuração jurídica do mandado de injunção como instrumento apto a viabilizar o exercício de direitos fundamentais não regulamentados.

CAPÍTULO I – Alicerces para uma transição paradigmática: transformações na Filosofia do Direito, no Direito Constitucional, na concepção de jurisdição e no Direito Processual Civil

Preambularmente, cumpre esclarecer a que está se referindo quando se menciona a ocorrência de uma *transição paradigmática*. Ao se falar em paradigma, deve-se aludir à construção teórica deste conceito, elaborada por Thomas S. Kuhn para explicar de que maneira ocorre a transformação do conhecimento científico e de que forma se desenvolve a ciência moderna²⁹⁵. Consoante as lições de Kuhn, o conhecimento científico não se transforma gradual e continuamente. O seu desenvolvimento se dá por meio de rupturas paradigmáticas, ou seja, através de saltos qualitativos²⁹⁶. Um paradigma pode ser entendido como o conjunto de crenças, valores, conceitos, técnicas e teorias²⁹⁷ partilhados por uma determinada comunidade científica.

De acordo com o autor, a ciência progride, conforme a relação existente entre paradigma, realidade e comunidade científica, no seguinte sentido: *pré-ciência – ciência normal – crise-revolução – nova ciência normal – nova crise*²⁹⁸.

A pré-ciência consiste num período em que a atividade científica encontra-se desorganizada e diversificada. Há um debate constante entre os cientistas acerca das premissas e fundamentos a serem adotados, inviabilizando um trabalho aprofundado e detalhado²⁹⁹. A partir do momento em que a atividade passa a ser estruturada e a comunidade científica atém-se a um paradigma, delineia-se a ciência normal.

Na fase da ciência normal, os fundamentos epistêmicos da ciência não estão sujeitos a críticas e questionamentos radicais, eis que há um consenso acerca das leis e

²⁹⁵ A utilização do termo paradigma entrou em evidência após a publicação da obra *The Structure of Scientific Revolutions* (KUHN, Thomas S. **The Structure of Scientific Revolutions**. Chicago: University of Chicago Press, 1962) que consubstanciou as teorizações de KUHN sobre a evolução e o progresso científico. Cf. VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. **Pensamento sistêmico: O novo paradigma da Ciência**. Campinas: Papirus, 2002. p. 31.

²⁹⁶ LUDWIG, Celso Luiz. **A alternatividade jurídica na perspectiva da libertação: uma leitura a partir da filosofia de Enrique Dussel**. 154f. 1993. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba. p. 8.

²⁹⁷ AMARAL JUNIOR, Alberto do. **A Proteção do Consumidor no Contrato de Compra e Venda**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993. p. 17.

²⁹⁸ CHALMERS, Alan F. **O que é ciência afinal?** Trad. Raul Fiker. São Paulo: Brasiliense, 1993. p. 124.

²⁹⁹ CHALMERS, Alan F. *Op. Cit.*, p. 127.

suposições teóricas que serão adotadas, as quais restringem a resolução dos problemas às demarcações determinadas paradigmaticamente³⁰⁰. Podem ocorrer anomalias, situações em que o paradigma dominante não é capaz de fornecer as respostas aos problemas dados. No entanto, a partir do momento em que há um acúmulo significativo de anomalias, que passam a atacar os próprios fundamentos do paradigma e resistem às tentativas de remoção dos cientistas, instaura-se um processo de crise e revolução paradigmática.

No período de revolução, ocorre uma transição de paradigmas: surge um paradigma inteiramente novo, que orienta a nova atividade científica normal e é capaz de resolver a nova gama de problemas insolúveis pelo velho paradigma. A comunidade científica passa então a aderir ao paradigma emergente, abandonando o paradigma anterior, problemático e decadente. Assim, através de uma ruptura paradigmática, formulam-se novos princípios e elaboram-se novas formulações teóricas. Quando o novo paradigma começa a encontrar também uma acumulação de problemas sérios e insolúveis, inicia-se novamente uma crise e o período de revolução.

No que tange ao direito e à sua história, pode-se também aplicar o conceito de paradigma para explicar o seu desenvolvimento³⁰¹. Todavia, deve-se atentar que Kuhn assinala a existência de revoluções mais e menos abrangentes³⁰². É neste influxo que se compreendem os alicerces paradigmáticos do direito: um paradigma filosófico e sócio-cultural – fundamento e horizonte de compreensão de uma determinada época – e um paradigma jurídico – cerne das bases teóricas do direito em determinado período, já fundamentado sobre as condições de possibilidade do paradigma filosófico e sócio-cultural.

Com efeito, a revolução paradigmática a que ora se faz referência faz parte de uma transformação ocorrida no paradigma filosófico e sócio-cultural que se convencionou chamar de *modernidade*. Suas repercussões atingiram de forma

³⁰⁰ LUDWIG, Celso Luiz. *Op. Cit.*, p. 8.

³⁰¹ Para compreender mais profundamente a aplicação da teoria de Thomas Kuhn no âmbito do direito, ver ALEXANDRE, A. R. B.; CAVICHIOLI, R. S.; GONÇALVES, M. R. G.; GUANDALINI JUNIOR, W.; ROSA JUNIOR, E. L.; SCHWIND, R. W.; WIETZIKOSKI, C. V. G.; WOCZIKOSKY, A.V.G. O direito e a estrutura das revoluções científicas. *Revista Jurídica Themis*, Curitiba, nº 14, p. 151 – 176, 2002/2003.

³⁰² KUHN, Thomas S. *The Structure of Scientific Revolutions*. Chicago: University of Chicago Press, 1962. p. 74.

concomitante todos os ramos do Direito, embora cada uma dessas searas comporte especificidades. A análise em separado de cada uma delas justifica-se por fins didáticos, cabendo, no entanto, registrar que a sua ocorrência se deu de maneira entrelaçada, com influências recíprocas. Por essa razão, para estudar as mudanças no paradigma jurídico, optou-se por tomar como marco a transformação do modelo de Estado, que certamente repercutiu diretamente em todas as esferas do Direito, engendrando importantes modificações.

Sem embargo das diversas peculiaridades que devem necessariamente ser consideradas quando se fala em transformação do modelo de Estado na passagem da modernidade aos tempos contemporâneos, um aspecto crucial parece ter exercido determinante influência no que diz respeito à relação entre o Estado, a sociedade e a realização dos direitos fundamentais: a mudança do Estado Liberal para o Estado Social.

O Estado Liberal burguês – uma das primeiras feições substantivas assumidas pelo chamado Estado de Direito – surge no contexto da Revolução Francesa, com o intuito de afastar as arbitrariedades do Estado, que interferia nas esferas jurídicas privadas dos cidadãos no Absolutismo e no *Ancien Régime*³⁰³, e de controlar o poder político da Administração, de modo a garantir a liberdade e a igualdade formal entre os cidadãos³⁰⁴. Constrói-se sobre os alicerces da supremacia da lei em relação à Administração e aos direitos do cidadão³⁰⁵ e da existência de juízes independentes com competência exclusiva para aplicar a lei de forma gramatical.

Com essa roupagem, o Estado Liberal de Direito volta-se à proteção individual dos direitos do cidadão frente à arbitrariedade da Administração, condicionando a autoridade estatal à liberdade individual mediante a proteção da lei³⁰⁶. Esse modelo de

³⁰³ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Ley, derechos, justicia. Madrid: Trotta, 1999. p. 24.

³⁰⁴ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 47.

³⁰⁵ Isso porque somente a lei era reconhecida como restrição legítima aos direitos e liberdades dos cidadãos. Cf. TAVARES, André Ramos. *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 30.

³⁰⁶ “A racionalização liberal do Estado virá, assim, a surgir formalmente não só como vitória da Sociedade sobre o Estado - não obstante servir os objectivos de hegemonia política da burguesia -, mas também do Direito sobre o arbítrio, já que, através de uma particular concepção de divisão de poderes, a limitação do Estado se fazia essencialmente através de técnicas de natureza jurídica. Referimo-nos concretamente ao estabelecimento de um conjunto de órgãos (dos quais pelo menos um deriva da eleição nacional) com competências pré-determinadas constitucionalmente, no âmbito de uma divisão de poderes que consagra a supremacia do órgão legislativo (a

Estado, por essa razão, é batizado por autores como Gustavo Zagrebelsky de “Estado Legislativo”, eis que a sua afirmação se dava através do princípio da legalidade³⁰⁷.

Conforme afirmado anteriormente³⁰⁸, no Estado Liberal a grande preocupação no tocante à proteção dos bens jurídicos dizia respeito à defesa do indivíduo contra as ingerências do próprio Estado, assegurando assim valores como a liberdade e a propriedade, os quais foram juridicizados na forma de direitos fundamentais, hoje ditos de primeira geração³⁰⁹. Os fundamentos desses direitos enraizavam-se na idéia de liberdade contra o Estado, cuja proteção – pensava-se – dar-se-ia através da lei geral e abstrata e da separação dos poderes estatais.

Segundo Jorge Reis Novais, toda a caracterização liberal do Estado de Direito se baseia, em última análise, numa clivagem entre Estado e sociedade, fundada em três separações:

- a) a separação entre política e economia, segundo a qual o Estado se deve limitar a garantir a segurança e a propriedade dos cidadãos, deixando a vida económica entregue a uma dinâmica de auto-regulação pelo mercado;
- b) a separação entre o Estado e a Moral, segundo a qual a moralidade não é assunto que possa ser resolvido pela coacção externa ou assumido pelo Estado, mas apenas pela consciência autónoma do indivíduo;
- c) a separação entre o Estado e a sociedade civil, segundo a qual esta última é o local em que coexistem as esferas morais e económicas dos indivíduos, relativamente às quais o Estado é mera referência comum tendo como única tarefa a garantia de uma paz social que permita o desenvolvimento da sociedade civil de acordo com as suas próprias regras.³¹⁰

Tais pressupostos acabaram por exercer forte influência sobre a maneira de pensar o Direito – seus baldrames, seus objetivos, sua forma de criação, aplicação e instrumentalização – e o Estado – sua justificação, sua estrutura, sua forma de organização, sua legitimidade – rendendo ensejo à formação do paradigma do Estado

representação popular) através do «império da lei» e da subordinação do executivo garantida pelo «princípio da legalidade». NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito**: do estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito. Coimbra, 1987. 233f. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Coimbra. f. 69

³⁰⁷ A lei era tomada como ato normativo irresistível, não oponível a qualquer direito mais forte. ZAGREBELSKY, Gustavo. *Op. Cit.*, p. 24.

³⁰⁸ Parte I, Capítulo 1, Tópico 1.1, Sub-tópico 1.1.1.

³⁰⁹ Norberto Bobbio, denominando tais direitos individuais de *liberdades*, define-os como direitos que “exigem da parte dos outros (incluídos aqui os órgãos públicos) obrigações puramente negativas, que implicam a abstenção de determinados comportamentos”. BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 21.

³¹⁰ NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito**: do estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito. Coimbra, 1987. 233f. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Coimbra. f. 52.

Legislativo. Consolidou-se assim, um conjunto de crenças, valores, conceitos, técnicas e teorias, que passou a ser compartilhado pela comunidade jurídica.

Nessa conjuntura, a Filosofia do Direito, a noção de Constituição, a função da jurisdição e as concepções de ação e processo foram edificados a partir dessas premissas: os indivíduos possuem direitos contra o Estado, que devem ser garantidos mediante a criação de leis gerais e abstratas, elaboradas por representantes eleitos pela vontade da maioria, cuja execução e aplicação sejam feitas por órgãos estatais distintos, impedindo-se assim quaisquer arbitrariedades.

Por inúmeras razões, entre elas as nefastas conseqüências produzidas pelo liberalismo nos âmbitos econômico e social, impondo condições de miséria e doença a parcela dos cidadãos, tendentes a se acentuar com o não intervencionismo estatal, iniciam-se em meados do século XIX as reações contra o Estado Liberal³¹¹. Assim, quando se percebeu que a efetiva liberdade e o desenvolvimento da sociedade dependiam da igualdade social, constatando-se que só se pode usufruir a liberdade quando se possui condições dignas de existência, surge uma nova forma de Estado, preocupada com os problemas responsáveis pela exclusão social.

O Estado Social irrompe em meio a outra revolução, não mais impulsionada pela idéia de liberdade, mas sim pelo anseio de igualdade material³¹² e justiça social. Com fulcro no pressuposto de que a igualdade entre os indivíduos não é algo que deriva de uma suposição, mas um desiderato que deve ser perseguido pelo Estado mediante ações concretas, visando à redução das desigualdades, esse modelo estatal assume a tarefa de promover a igualdade material entre os cidadãos e, para tanto, torna-se necessária a sua intervenção na ordem econômica e social para impedir as injustiças que acometem os menos favorecidos³¹³.

Passou a se tornar imprescindível um “*alargamento da Administração Pública protetora, que desempenha atividades administrativas para promoção e efetivação dos direitos fundamentais*”³¹⁴, em especial dos direitos a prestações³¹⁵, os quais reclamam

³¹¹ PALU, Oswaldo Luiz. **Controle dos atos de governo pela jurisdição**. São Paulo: RT, 2004. p. 59.

³¹² BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 29.

³¹³ PALU, Oswaldo Luiz. **Controle dos atos de governo pela jurisdição**. São Paulo: RT, 2004. p. 60.

³¹⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Dignidade da pessoa humana, garantia dos direitos fundamentais, direito civil, direitos humanos e tratados internacionais. In: Instituto de Direito Administrativo de Goiás - IDAG;

ações positivas para a sua efetivação, incumbindo à Administração a tarefa de proporcionar aos cidadãos condições materiais que lhes possibilitem o efetivo exercício das liberdades³¹⁶. Os direitos sociais – conexionsados intrinsecamente com os objetivos de igualdade material e justiça social, envolvendo, entre outros, os direitos dos trabalhadores (tal como o direito de greve e a garantia de um salário mínimo) e os direitos a prestações sociais estatais (como o direito à saúde e à educação)³¹⁷ – passam a ser consagrados nos textos constitucionais, a exemplo da Constituição mexicana de 1917 e de Weimar em 1919, sendo retomados com maior significação posteriormente ao segundo pós-guerra³¹⁸.

A transição paradigmática no modelo estatal significou, concomitantemente, uma mudança paradigmática no âmbito da Administração Pública, que passa da “*Administração de agressão para a Administração de prestação*”³¹⁹. Com efeito, pode-se afirmar que a Administração Pública, com a passagem do Estado Liberal de Direito ao Estado Social³²⁰, tornou-se o aparelhamento do Estado dirigido à satisfação das necessidades coletivas, tornando a própria legitimidade do Estado dependente da sua eficiência na prestação de serviços públicos essenciais à promoção dos direitos fundamentais³²¹.

Fabrizio Motta. (Org.). **Direito Público Atual**: estudos em homenagem ao Professor Néelson Figueiredo. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008. p. 318.

³¹⁵ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 171.

³¹⁶ “Estas mudanças substanciais na posição relativa do cidadão face ao Estado traduzem-se inevitavelmente numa nova configuração da esfera de autonomia individual onde, ao lado dos direitos e liberdades *clássicos* – moldados e comprimidos, particularmente no que se refere ao direito de propriedade, à medida das novas exigências de socialidade –, avultam, agora, os chamados direitos sociais indissociáveis das correspondentes prestações do Estado”. NOVAIS, Jorge Reis. *Op. Cit.*, f. 197.

³¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 55.

³¹⁸ NOVAIS, Jorge Reis. *Op. Cit.*, f. 188.

³¹⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 113.

³²⁰ Sobre a transformação da Administração Pública na passagem do Estado de Direito para o Estado Constitucional, especialmente no que concerne ao papel de efetivação dos direitos fundamentais mediante a implementação de políticas públicas, ver BREUS, Thiago Lima. **Políticas públicas no Estado Constitucional**: problemática da concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

³²¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O serviço público. In: DELPIAZZO, Carlos E. (coord.). **Estudios Jurídicos em Homenaje ao Prof. Mariano R. Brito**. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2008. p. 607.

Entretanto, o que se exigia nesse novo cenário não era apenas um aumento das intervenções do Estado, mas uma modificação substancial no modo de conceber as suas relações com a sociedade³²². A partir do momento em que se superou a crença na auto-suficiência da esfera social e da sua regulação, não mais se justificava uma separação estanque entre Estado e sociedade civil. Para Jorge Reis Novais “*tratava-se agora de proclamar um novo «ethos político»: a concepção da sociedade não já como um dado, mas como um objecto susceptível e carente de uma estruturação a prosseguir pelo Estado com vista à realização da justiça social*”³²³.

Conseqüentemente, após todas essas transformações na conformação do Estado e nas suas relações com a sociedade, formou-se um novo paradigma, ora denominado de paradigma do Estado Constitucional, pelos motivos que serão apresentados nos próximos tópicos. Com isso, operaram-se profundas modificações nas compreensões da Filosofia do Direito e das concepções de Constituição, jurisdição, ação e processo, exigindo uma nova postura no que tange à concretização dos direitos fundamentais. A realização de tais direitos deixa de ficar a cargo unicamente do Poder Legislativo, por meio da expedição de leis gerais e abstratas proibitivas da interferência estatal na esfera particular do indivíduo, tornando-se incumbência da Administração (mediante a prestação de serviços públicos³²⁴, a implementação de políticas públicas, e a regulação da economia) e da jurisdição (através do controle de constitucionalidade das leis, atos administrativos e omissões estatais, e da concretização judicial dos direitos fundamentais).

É este último aspecto que atrai os interesses deste estudo, uma vez que a hipótese formulada ao final da primeira parte desta monografia é a de que o Supremo Tribunal Federal, ao definir os contornos jurídicos do mandado de injunção no julgamento do MI nº 107-3-DF, estava vinculado ao paradigma do Estado Legislativo,

³²² NOVAIS, Jorge Reis. *Op. Cit.*, f. 193.

³²³ NOVAIS, Jorge Reis. *Idem, Ibidem*. Prossegue o autor português: “É na plena assunção deste novo princípio de socialidade e na forma como ele vai impregnar todas as dimensões da sua actividade – e não na mera consagração constitucional de medidas de assistência ou no acentuar da sua intervenção económica – que o Estado se revela como «Estado social»”. NOVAIS, Jorge Reis. *Idem, Ibidem*.

³²⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A natureza contratual das concessões e permissões de serviço público do Brasil. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (coord.); BLANCHET, Luiz Alberto. (coord.). **Serviços Públicos: Estudos Dirigidos**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 13.

fazendo-se necessária uma releitura do instituto a partir das lentes do Estado Constitucional e das mudanças procedidas no campo da Filosofia do Direito, na noção de Constituição, na função da jurisdição e nas concepções de ação e processo. É o que se propõe a fazer nos próximos tópicos.

1.1. A transição paradigmática na Filosofia do Direito: do positivismo jurídico ao paradigma jurídico contemporâneo

Primeiramente, cumpre observar a mudança crucial de fundo que repercutiu em todas as demais transformações referidas, a saber, a metamorfose ocorrida na fundamentação do direito com a crise do paradigma da modernidade.

Pode-se dizer que este paradigma se formou anteriormente à sedimentação hegemônica do capitalismo industrial nos atuais países centrais, entre o século XVI e finais do século XVIII³²⁵. Entretanto, pelo fato de sua formação ter sido “*difusa, lenta e complexa*”³²⁶, como todo processo histórico, seus embriões já começavam a se formar desde os séculos X e XI, “*com o lento e irregular avanço do mercado de trocas comerciais e a aceleração de um processo que até então era muito lento*”³²⁷.

As premissas basilares deste paradigma podem ser facilmente identificadas, como bem aponta Boaventura de Sousa Santos:

Esse paradigma, cuja melhor formulação tinha sido o positivismo em suas várias vertentes, assentava nas seguintes ideias fundamentais: distinção entre sujeito e objecto e entre natureza e sociedade ou cultura; redução da complexidade do mundo a leis simples susceptíveis de formulação matemática; uma concepção da realidade dominada pelo mecanicismo determinista e da verdade como representação transparente da realidade; uma separação absoluta entre conhecimento científico – considerado o único válido e rigoroso – e outras formas de conhecimentos como o senso comum ou estudos humanísticos; privilégio da causalidade funcional, hostil à investigação das “causas últimas”, consideradas metafísicas, e centrada na manipulação e transformação da realidade estudada pela ciência.³²⁸

³²⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. São Paulo: Cortez, 2000. p. 49.

³²⁶ FONSECA, Ricardo Marcelo. **Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica**. São Paulo: LTr, 2002. p. 30.

³²⁷ FONSECA, Ricardo Marcelo. *Idem, Ibidem*.

³²⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Do Pós-Moderno ao Pós-Colonial. E para além de um e outro**. Texto apresentado na Conferência de Abertura do VIII Congresso Luso-Afro-Brasileiro de Ciências Sociais. Coimbra, 16 a 18 de Setembro de 2004. p. 1-2. Disponível em: <http://www.ces.fe.uc.pt/misc/Do_pos-moderno_ao_pos-colonial.pdf> Acesso em: 17 set. 2006.

A modernidade ocidental irrompeu como um audacioso e revolucionário paradigma sócio-cultural, fundado numa tensão entre a regulação e a emancipação sociais³²⁹. Em meados do século XIX, este paradigma converge definitivamente com o capitalismo, repercutindo em um processo de absorção das energias emancipatórias pelas regulatórias, engolindo-se o pilar da emancipação pelo pilar da regulação³³⁰. Tal absorção, que degradou a tensão dinâmica entre esses dois pilares, ensejou um obstáculo à renovação deste paradigma, suscitando a sua crise final.

A superposição da regulação social sobre a emancipação social decorreu da gestão reconstrutiva dos défices e dos excessos da modernidade – promessas não cumpridas ou cumpridas de forma excessiva³³¹ – confiada à ciência e ao direito modernos³³². Nesse contexto, o direito e a ciência assumiram um papel essencial na manutenção do paradigma moderno, alcançando-se a despolitização científica da vida social através da despolitização jurídica do conflito e da revolta sociais³³³. E por este motivo, *“esta relação de cooperação e circulação de sentido entre a ciência e o direito, sob a égide da ciência, é uma das características fundamentais da modernidade”*³³⁴.

Em consequência da participação protagonista da ciência no palco deste paradigma, o seu modelo de racionalidade, desenvolvido na esfera das ciências naturais, estende-se às ciências sociais emergentes do século XIX³³⁵. E assim, observa-se uma supervalorização da epistemologia científica sobre as demais formas de conhecimento, repercutindo numa lógica de conservação da ordem, de um mundo estável, racionalista e mecanicista.

³²⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2000. p. 15.

³³⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Idem, Ibidem*.

³³¹ De forma simplificada, pode-se dizer que em relação às promessas de igualdade, liberdade e paz, utopias do projeto da modernidade, nenhuma delas foi cumprida, haja vista que: (i) as disparidades entre os países centrais e periféricos são gritantes, encontrando-se estes em uma situação miserável, (ii) as violações dos direitos humanos em países que vivem em paz e democracia formais assumem proporções avassaladoras, e (iii) o número de mortos em guerras e conflitos é enorme e incomparável a qualquer situação histórica anterior. No que diz respeito à promessa da dominação da natureza, seu cumprimento realizou-se de forma excessiva e perversa, sob a forma de destruição da natureza e da crise ecológica. SANTOS, Boaventura de Sousa. *Op. Cit.*, p. 23-24.

³³² SANTOS, Boaventura de Sousa. *Idem*, p. 55.

³³³ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Idem*, p. 52.

³³⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Idem, Ibidem*.

³³⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Idem*, p. 60-61.

Isso porque, no século XVIII, a consciência filosófica da ciência moderna, que se fundamentou inicialmente no racionalismo cartesiano³³⁶ e no empirismo baconiano, veio a condensar-se no positivismo oitocentista, criando as condições de possibilidade para a emergência das ciências sociais no século XIX³³⁷. Foi nesse contexto que se puderam observar alguns dos principais resultados da influência do paradigma da modernidade no Ocidente, quais sejam, a aspiração pela hegemonia absoluta do conhecimento científico, em detrimento das demais configurações epistemológicas existentes na sociedade, e futuramente a solidificação do positivismo jurídico, baldrame indispensável para a reprodução da então denominada ciência jurídica. O direito moderno, a partir de então, transforma-se em um instrumento racionalizador da vida social, tornando-se ele próprio científico, por sua relação direta com a ciência moderna.

Ao lado da cientificização do direito moderno, procedeu-se a sua estatização³³⁸, no intuito de se assegurar a prevalência da ordem sobre o caos, enquanto a ciência e a tecnologia não fossem capazes de garanti-la por si mesmas³³⁹. O cientificismo e o estatismo amoldaram o direito, de modo a transformá-lo em uma utopia automática de regulação social³⁴⁰. E esse processo de cientificização do direito objetivou maximizar a operacionalidade do direito enquanto instrumento de controle social³⁴¹.

O surgimento do positivismo na epistemologia científica moderna e o do positivismo jurídico no direito (e na dogmática jurídica) significaram ideologias dedicadas a restringir o progresso societal ao desenvolvimento capitalista, e a impedir que a racionalidade fosse infectada por alguma irracionalidade não capitalista – como, por exemplo, a ética ou quaisquer ideais emancipatórios³⁴². Dessa forma, as

³³⁶ “A partir da filosofia moderna, o pensar assume perspectiva antropocêntrica. Inicialmente com Descartes, a Razão pura passa a ser o fundamento de explicação e compreensão da realidade. Esta passa a ser investigada na perspectiva em que o homem figura como centro. Não se trata, porém, do homem em suas diversas dimensões constitutivas. Ao contrário, o antropocentrismo moderno inicial, funda a subjetividade caracterizada como consciência: ‘Penso, logo existo’”. LUDWIG, Celso Luiz. *Op. Cit.*, p. 6.

³³⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Op. Cit.*, p. 65.

³³⁸ “O cientificismo e o estatismo são as principais características do direito racional moderno, tal como se desenvolveu no Ocidente durante o século XIX.” SANTOS, Boaventura de Sousa. *Idem*, p. 141.

³³⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Idem*, p. 119-120.

³⁴⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Idem*, p. 143.

³⁴¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Idem*, p. 165.

³⁴² SANTOS, Boaventura de Sousa. *Idem*, p. 141.

irracionalidades do capitalismo poderiam conviver com a racionalidade moderna, desde que se respaldassem nas racionalidades jurídica ou científica.

O direito moderno, dentro dessa conjuntura, elaborou um autoconhecimento especializado e profissionalizado, definindo-se como científico e originando o chamado *cientificismo jurídico*, que, unido ao *estatismo jurídico*, passa a compreender a ideologia do positivismo jurídico³⁴³. Essa cientifização do direito mostra de que forma, em uma época de hegemonia positivista, a regulação social passa a ser científica para poder otimizar o esquecimento da ética social e política, que era a responsável por ainda manter acesas as chamas das energias emancipatórias do universo jurídico. Separa-se então o direito dos princípios éticos, tornando-se o aparato jurídico “*um instrumento dócil da construção institucional e da regulação do mercado*”³⁴⁴.

De acordo com Norberto Bobbio,

O positivismo jurídico nasce do esforço de transformar o estudo do direito numa verdadeira e adequada *ciência* que tivesse as mesmas características das ciências físico-matemáticas, naturais e sociais. Ora, a característica fundamental da ciência consiste em sua *avaliatividade*, isto é, na distinção entre *juízos de fato* e *juízos de valor* e na rigorosa exclusão destes últimos do campo científico: a ciência consiste somente em juízos de fato. O motivo desta distinção e dessa exclusão reside na natureza diversa desses dois tipos de juízo: o *juízo de fato* representa uma *tomada de conhecimento da realidade*, visto que a formulação de tal juízo tem apenas a finalidade de *informar*, de comunicar a um outro a minha constatação; o *juízo de valor* representa, ao contrário, uma *tomada de posição frente à realidade*, visto que sua formulação possui a finalidade não de informar, mas de *influir* sobre o outro, isto é, de *fazer* com que o outro realize uma escolha igual à minha e, eventualmente, siga certas prescrições minhas³⁴⁵.

Partindo-se dessa perspectiva, pode-se inferir que a ciência elimina da sua natureza os juízos de valor, já que visa a ser um conhecimento puramente objetivo da realidade e, no entanto, esse tipo de juízo é sempre subjetivo ou pessoal, opondo-se à objetividade desejada pela ciência. Nessa conjuntura, o positivista jurídico posiciona-se cientificamente perante o direito, estudando-o tal como ele é, e não tal como deveria ser. Esse posicionamento significa, por conseguinte, estudar o direito enquanto fato, não enquanto valor. Ao se definir o direito, as qualificações embasadas em um juízo valorativo, que importem distinguir o direito em justo ou injusto, devem ser prontamente suprimidas. Nesse influxo, se a escravidão consistisse em um instituto de

³⁴³ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Idem*, p. 165.

³⁴⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Idem*, p. 140.

³⁴⁵ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995. p. 135.

direito, não se poderia questionar sua validade no plano jurídico, embora pudesse ser valorada negativamente³⁴⁶.

Observa-se assim a evidência do formalismo científico no direito da modernidade. Essa concepção da dogmática jurídica prefere a interpretação lógico-sistemática à teleológica, voltando-se para a operação de caráter cognitivo-instrumental, preocupada apenas com a norma, em detrimento da finalidade por ela perseguida, do conflito de interesses que se deve solucionar³⁴⁷, e das relações sociais como um todo, que passam a ser desconsideradas³⁴⁸.

Toda essa construção teórica produzida no direito moderno levou a corrente filosófica do positivismo jurídico a reduzir a atividade da jurisdição à aplicação mecânica da lei aos casos concretos, sem questioná-la ou interpretá-la. Ao definir o direito como um sistema de regras emanadas pelo soberano, o positivismo introduz na definição de direito o fundamento único da *validade*, compreendendo como normas jurídicas todas aquelas produzidas por um determinado modo, previsto pelo próprio ordenamento jurídico, não importando o fato de estas normas serem ou não efetivamente aplicadas na sociedade, ignorando-se desta sorte o requisito da eficácia³⁴⁹. Os juspositivistas estabeleceram como critério de juridicidade a validade no lugar da justiça; vale dizer, para não enfrentarem o problema da justiça, reduziram o direito à validade da norma.

Nesta toada, acentua Plauto Faraco de Azevedo:

Quem tiver uma concepção positivista do direito nada mais verá no direito do que a lei. Identificará mesmo direito e lei. Então, tudo se torna singelo. Sendo a *lei injusta*, por *falta de critério do legislador* ou por *revelar-se inadequado às exigências do caso concreto (são duas as hipóteses)*, cause bem ou mal-estar social sua aplicação, tudo isto será irrelevante ao mecanismo a presidir o raciocínio do intérprete. Por essa forma, exime-se o Juiz de toda responsabilidade: *aplicando a lei, julgará ter cumprido seu dever*. Tal postura poderá eventualmente ser-lhe apaziguante, evitando o incômodo da dúvida. Mas os destinatários da interpretação e conseqüente aplicação ver-se-ão frustrados e suas expectativas, o que é sempre mau para a estabilidade da ordem jurídica³⁵⁰.

³⁴⁶ BOBBIO, Norberto. *Op. Cit.*, 136.

³⁴⁷ BOBBIO, Norberto. *Idem*, 146.

³⁴⁸ “É necessário, porém, esclarecer as relações entre a concepção positivista e a concepção formalista do direito. Estas duas doutrinas não se identificam nem são estranhas uma à outra; diremos antes que são duas doutrinas diferentes que possuem, todavia, muitos pontos em comum e que se acompanham em seu desenvolvimento histórico.” BOBBIO, Norberto. *Idem, Ibidem*.

³⁴⁹ BOBBIO, Norberto. *Idem*, 142.

³⁵⁰ AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Método e hermenêutica material no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 30.

A *validade* de uma norma jurídica traduz-se pela característica da norma que lhe atribui existência no ordenamento jurídico. Significa que ela existe enquanto norma jurídica em determinado sistema de direito e deve ser observada pela sociedade. Por seu turno, o *valor* de determinada norma consiste na qualidade segundo a qual ela corrobora ou não com a “*síntese de todos os valores fundamentais nos quais o direito deve se inspirar*”³⁵¹.

Os binômios validade/invalidade e valor/desvalor (justiça/injustiça) das normas jurídicas são pares independentes entre si. O positivismo jurídico não nega a possibilidade de se haver uma norma válida e injusta, isto é, não desconsidera a hipótese de se valorar o direito. Não obstante, advoga que essa análise valorativa extrapola o domínio da ciência jurídica³⁵², devendo esta se resignar a apenas formular um juízo de validade das normas, avalorativo, relacionado apenas à sua existência jurídica³⁵³.

No mesmo sentido do exegetismo purista do positivismo jurídico, consagrado pela Escola da Exegese na França, influenciou o dogmatismo alemão, reproduzindo uma visão do direito voltado para si mesmo, isto é, um direito excessivamente preocupado com a sua pureza e com a tecnicização do saber jurídico³⁵⁴. A cientifização do Direito, o clamor pela neutralidade, a excessiva valorização da validade formal, a fetichização do discurso jurídico³⁵⁵ e a interpretação exegetica dos textos legais, legados do positivismo legalista (Escola da Exegese) e do positivismo

³⁵¹ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995. p. 136-137.

³⁵² “Na medida que a formação jurídica se dá segundo ‘o modelo dogmático-positivista’, que se limita à descrição das instituições vigentes, interessando-se sobretudo pela lógica das proposições legais e dos conceitos jurídicos, não se avança na construção de um discurso jurídico capaz de conduzir à realização da justiça social”. AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Op. Cit.*, p. 67.

³⁵³ BOBBIO, Norberto. *Op. Cit.*, 137-138.

³⁵⁴ “Nesta ótica, a perspectiva dogmática abrangeria *de modo exclusivo o Direito*, tornando-se irrelevantes, para fins práticos, as demais perspectivas ou dimensões do Direito, notadamente aquelas referentes à Filosofia e à Sociologia do Direito. Embora não sejam estas negadas explicitamente, terminam por ser consideradas como meros ornamentos da realidade dogmática imperialisticamente concebida, logo, sem utilidade real, pois se considera que o *único trabalho* realizado pelo jurista é o trabalho técnico-jurídico, isto é, o trabalho de conhecimento e aplicação do Direito Positivo, independentemente da valorização de seu conteúdo e da aferição dos efeitos de sua aplicação.” BOBBIO, Norberto. *Idem*, p. 51.

³⁵⁵ “...‘fetichização do discurso jurídico’, é dizer, através do discurso dogmático, a lei passa a ser vista como sendo uma *lei-em-si*, abstraída das condições (de produção) que a engendraram, como se sua condição-de-lei fosse uma propriedade ‘natural’.” STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 95.

formalista científico (Escola Histórica)³⁵⁶, enveredaram para a construção de um Direito cego, alienado, descompromissado com a ética e com a justiça social.

Neste particular, torna-se possível vislumbrarmos a avaloratividade do direito, difundida pelo positivismo jurídico, como uma anomalia do paradigma da modernidade, já que, pelo fato de ignorar o valor (justiça/injustiça) da norma, ela suscita uma crise de legitimidade do ordenamento jurídico. Ou seja, se num paradigma jurídico a anomalia reside na incapacidade de o direito positivo regular a sociedade à qual se vincula, instaurando-se uma crise de legitimidade, denota dizer que na complexa sociedade hodierna, em que as diferenças materiais entre os indivíduos e os grupos sociais clamam por tratamentos diferenciados para que exista uma igualdade efetiva, não se pode mais resolver os problemas através das premissas propostas pelo paradigma juspositivista.

A preocupação enfática e exclusivista com o tema da validade da norma gerou uma tecnicização do saber jurídico e de sua prática, levando a um regime de verdadeira alienação, fomentada pela crença míope de operadores do direito na cientificidade e neutralidade das decisões e interpretações jurídicas. Como repercussão dessa crença, é notável a flagrante indiferença social, justificada pela suposta irresponsabilidade dos atores do sistema jurídico para com os segmentos sociais marginalizados. É a união cúmplice da conveniente crença tecnicista e cientificista do direito com a aceitação da exclusão social que *“desenha o triste quadro da demência de um direito autista – um direito voltado apenas para si mesmo, alheio a tudo e incapaz de interagir com aquilo que se passa em seu entorno”*³⁵⁷.

Sob essa ótica, observa-se que pressupôs-se no positivismo jurídico que o direito deveria ignorar o conhecimento social em razão de sua irrelevância e, a partir dessa ignorância, precisava construir uma epistemologia própria (um direito puro, auto-referencial, fundado numa subjetividade epistêmica do direito)³⁵⁸. Essa

³⁵⁶ LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. **Hermenêutica e Direito: uma possibilidade crítica**. Curitiba: Juruá, 2002. p. 101.

³⁵⁷ ARRUDA JUNIOR, Edmundo Lima de; GONÇALVES, Marcus Fabiano. **Fundamentação ética e hermenêutica: alternativas para o direito**. Florianópolis: CESUSC, 2002. p. 95-96.

³⁵⁸ SANTOS, Boaventura de. *Op. Cit.*, p. 165.

concepção tende à fetichização do discurso jurídico, vendo-se o direito como ser em si, composto por normas e conceitos auto-explicáveis, afastados dos fatos mundanos.

E nessa perspectiva, a dogmática teria como objeto exclusivamente o direito positivo, não possuindo a menor importância, para fins práticos, as outras dimensões do direito, mormente no que tange à filosofia e sociologia jurídicas. Em função da pressuposição de que o único trabalho desenvolvido pelo jurista é o técnico-jurídico (conhecimento e aplicação do direito positivo), independentemente da valoração do seu conteúdo e dos seus efeitos, as demais perspectivas do direito são relegadas a uma posição de irrelevância, sem qualquer utilidade real³⁵⁹.

Na atualidade, tais considerações são insustentáveis e não têm mais como prosperar. A pessoa humana é o centro gravitacional do desenvolvimento do direito, razão pela qual o pensamento jurídico deve estar intrinsecamente ligado com os anseios sociais. Não se pode mais circunscrever o trabalho do jurista a meros juízos de constatação em relação ao direito positivo, permitindo a preponderância da realidade conceitual sobre a realidade social³⁶⁰. É esse conceptualismo exacerbado que acentua cada vez mais a profundidade do fosso existente entre o direito e a sociedade, fulminando gradativamente a legitimidade daquele em relação a esta.

Com o advento do Estado Constitucional, consolidado sobretudo nos países ocidentais após a Segunda Guerra Mundial, o direito deixa de se fundamentar meramente na racionalidade científica, que separa os juízos de fato (válido/inválido) dos juízos de valor (justo/injusto) e passa a se centrar em um valor fundamental: a dignidade da pessoa humana. Começa-se a repudiar a concepção positivista de um ordenamento jurídico afastado de valores éticos, visto sob o prisma unicamente formal, até pelo fato de que as barbáries praticadas pelo nazismo e pelo fascismo camuflavam-se sob as vestes da legalidade³⁶¹, já que a lei aceitava qualquer conteúdo, desde que elaborada conforme o procedimento formalmente previsto. Diferentemente do Estado Legislativo, em que o positivismo jurídico reduzia o direito à letra de lei e o

³⁵⁹ AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Op. Cit.*, p. 51.

³⁶⁰ AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Op. Cit.*, p. 55.

³⁶¹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparado dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 9-10.

identificava com ela, no Estado Constitucional passa-se a separar os distintos componentes do direito: distingue-se a lei – regra determinada pelo legislador – dos direitos humanos – pretensões subjetivas invioláveis, patrimônio jurídico dos seus titulares, válidas por si mesmas, independentemente da lei³⁶².

As Constituições passam a albergar em seus textos princípios de justiça material, destinados a informar todo o ordenamento jurídico, como objetivos que os Poderes Públicos devem perseguir³⁶³. No paradigma jurídico contemporâneo, o fundamento do direito torna-se a própria justiça, antes ignorada, modificando-se o pensamento difundido pelas idéias juspositivistas: o direito passa a ser considerado em sua dimensão axiológica, eis que os principais valores sociais revestem-se de juridicidade. Tal transformação acabou por revolucionar a concepção de direito e, como consequência, a noção de Constituição, que deixa de ter um papel meramente político e assume função primordial no ordenamento jurídico, adquirindo força normativa suprema exatamente por conter os valores de maior relevância compartilhados pela sociedade a que se dirige, entre eles, a dignidade da pessoa humana.

Os contornos desse novo paradigma, instaurado com superação da superioridade da lei e a afirmação da supremacia da Constituição, serão analisados no tópico a seguir.

1.2. A transição paradigmática no Direito Constitucional: da superioridade da lei à supremacia da Constituição

O paradigma do Estado Legislativo consolidou-se no contexto da Revolução Francesa, durante o denominado “período legislativo” ou “primeiro positivismo”, cujo ápice se alcançou no século XIX³⁶⁴. Como já se pôde observar, a vertente filosófica juspositivista, vinculada aos ideais burgueses de liberdade e igualdade, impõe o

³⁶² ZAGREBELSKY, Gustavo. *Op. Cit.*, p. 47 e 51.

³⁶³ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Idem*, p. 93.

³⁶⁴ TAVARES, André Ramos. *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 29.

“princípio da onipotência do legislador”³⁶⁵, fundado em uma concepção estanque da separação de poderes, confiando ao Parlamento a função de produzir a lei, à qual estariam rigorosamente subordinados o Executivo e o Judiciário³⁶⁶.

Essa valorização da lei como fonte única do direito deve ser compreendida à luz do contexto histórico em que abrolhou. No quadro das revoluções burguesas, a lei geral e abstrata significava a própria garantia da liberdade, visto que, a uma, a representação política (sufrágio censitário, autonomia dos representantes e mandato representativo) garantia supostamente a participação igualitária de cada um na formação da vontade geral e, a duas, a separação dos poderes assegurava a previsibilidade da ação do Estado e a defesa dos direitos individuais contra intervenções arbitrárias³⁶⁷.

A lei era concebida como um quadro formal de garantia das liberdades e da segurança da propriedade³⁶⁸, consistindo numa limitação à liberdade individual, para que a própria liberdade pudesse ser usufruída por todos. Se fosse formulada mediante os processos formais exigidos para a sua elaboração, garantindo-se a sua criação pelos representantes do povo, não haveria como se ter uma lei injusta³⁶⁹, “*pois, sendo cada um legislador, ninguém seria injusto para si próprio*”³⁷⁰. Ressalte-se que à época do Estado Liberal a lei era produto da vontade de um parlamento homogêneo, composto apenas por representantes da burguesia, onde não havia confronto ideológico³⁷¹.

Todavia, a evolução teórica e política dirigiu-se rumo a veredas inesperadas, compreendendo o Estado de Direito como mero Estado Legal, erodindo o seu conteúdo axiológico³⁷². Nesse influxo, parte do século XIX caracterizou-se por uma definição exclusivamente formal deste modelo estatal, fundada na autoridade do

³⁶⁵ “Lo que predominaba eran los dogmas de la soberanía absoluta del Estado y del legislador, así como toda la racionalidad y justicia de las leyes, razón por la cual toda la legislación producida por el Poder Político tenía que ser aplicada por el Juez (Poder Judicial) sin cuestionar nada (se trataba de um claro positivismo legalista)”. MARTÍN, Nuria Belloso. **El control democrático del poder judicial en España**. Curitiba: Universidad de Burgos/Moinho do Verbo, 1999. p. 10.

³⁶⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder judiciário: crises, acertos e desacertos**. Trad. Juares Tavares. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 52.

³⁶⁷ NOVAIS, Jorge Reis. *Op. Cit.*, p. 69.

³⁶⁸ NOVAIS, Jorge Reis. *Idem*, p. 89.

³⁶⁹ PALU, Oswaldo Luiz. *Op. Cit.*, p. 65.

³⁷⁰ NOVAIS, Jorge Reis. *Op. Cit.*, p. 87.

³⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: RT, 2006. p. 41.

³⁷² PALU, Oswaldo Luiz. *Op. Cit.*, p. 65.

Estado e na fixação dos limites de sua atividade, bem como da esfera de liberdade dos cidadãos, conforme o ordenamento jurídico por ele próprio estabelecido³⁷³. O Estado de Direito, sob essa perspectiva, poderia resumir-se em uma fórmula vazia de conteúdo substantivo do ponto de vista político-constitucional, sem qualquer orientação direcionando seus fins e suas ações, desde que observadas as formalidades do processo de criação da lei³⁷⁴. Não foi por outra razão que esta mesma fórmula de Estado, carente de conteúdo substancial, pôde ser utilizada no século XX nos totalitarismos entre-guerras para legitimar práticas perversas, injustas e arbitrárias sob o manto da legalidade.

A lei torna-se uma ferramenta a ser usada pelo governante, que impõe a sua vontade, as suas opções, e não necessariamente a dos eleitores; ela deixa de ser compreendida inocentemente como fruto da vontade geral do povo, e passa a representar as vontades da classe hegemônica que conquista as maiorias parlamentares e dos grupos de pressão que atuam nos bastidores do parlamento³⁷⁵. A propósito dessa mudança, adverte Oswaldo Luiz Palu:

A lei torna-se uma **vantagem** de grupos arbitrariamente imposta à sociedade. Multiplicam-se os *lobbies*, os grupos de pressão e de interesses. Os *representantes do povo* e os *governantes* são eleitos, cada vez mais, por um conglomerado de interesses econômico-midiáticos, cabendo aos eleitores apenas a legitimação formal dos escolhidos, no pequeno âmbito das opções possíveis, oriundo do monopólio das candidaturas pelos partidos políticos.³⁷⁶

O papel das Constituições, nessa conjuntura, era essencialmente político e desprovido de força jurídica. Suas disposições expressavam diretrizes carentes de normatividade e subjugadas ao império da lei, fonte por excelência do direito, num Estado que mais do que “legislativo” poderia ser qualificado como “legalista”. Até meados do século XX, as Constituições européias dirigiam-se em especial ao Poder Legislativo e a Constituição não era tratada como norma jurídica³⁷⁷.³⁷⁸ Como lhe era

³⁷³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Op. Cit.*, p. 22.

³⁷⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Idem*, p. 23.

³⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: RT, 2006. p. 41.

³⁷⁶ PALU, Oswaldo Luiz. *Op. Cit.*, p. 67.

³⁷⁷ “A doutrina constitucional tradicional nega às normas constitucionais abertas o *status* normativo. Considera-as lembretes, recados para o legislador.” BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 145.

³⁷⁸ O modelo constitucional norte-americano, por sua vez, já apresentava desde o séc. XIX a Constituição como norma jurídica suprema. Sobre as distinções entre o sistema de justiça constitucional recepcionado pela Europa

negado o caráter normativo, a Constituição e a teoria da separação dos poderes conviviam sem maiores conflitos, já que suas disposições possuíam em geral cunho organizatório ou jurídico-processual³⁷⁹. Os direitos fundamentais, por seu turno, eram encarados como meras declarações que demandavam legislação integrativa para produzir força normativa³⁸⁰.

Ocorre que, como as leis tornaram-se resultado da coalizão das forças dos vários grupos sociais, a falta de um parâmetro substancial capaz de impor a observância de determinados valores essenciais abriu espaço para a criação de leis obtusas, nebulosas e egoístas, desprezando os direitos mais básicos e indisponíveis³⁸¹. A reação a tais distorções manifestou-se através de uma nova compreensão do fenômeno jurídico e dos contornos do Estado.

Conforme mencionado no tópico anterior, com a transformação da concepção de direito, que deixa de se enraizar na cientificidade propagada pelo paradigma da modernidade e passa a se fundar em alicerces axiológicos, a proteção dos valores sociais, juridicizados na forma de princípios de justiça, começa a se realizar através da sua positivação no texto constitucional, cuja nova roupagem mostra-se apta a lhes emprestar maior efetividade. Isso porque, na segunda metade do século XX, na Europa continental e paulatinamente nos demais países de sistema jurídico romano-germânico, as disposições constitucionais assumiram força jurídico-normativa³⁸², deixando de ser entrevistas como meras aspirações políticas. Não só adquiriram imperatividade, como também foram alçadas à posição de norma jurídica suprema³⁸³, erigindo-se ao patamar

no século XX e o sistema do *judicial review* norte-americano, ver GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional**. Madrid: Civitas, 1985. p. 56-60 e TAVARES, André Ramos. *Op. Cit.*, p. 49-56. Ver, ainda, CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1999, especialmente p. 65-100.

³⁷⁹ PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional** – um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989. p. 167.

³⁸⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 22.

³⁸¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: RT, 2006. p. 41.

³⁸² “A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas”. HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 15.

³⁸³ Agustín Gordillo, ao referir-se à Constituição como lei fundamental do Estado, afirma ser ela “algo mais que um simples programa de governo ou expressão de desejos; é como seu nome indica, uma verdadeira lei: porém,

de maior hierarquia entre as fontes do direito³⁸⁴. Inverte-se a relação de subordinação entre a lei e a Constituição, tornando-se aquela subordinada aos dispositivos desta, passando-se de um Estado Legislativo para um Estado Constitucional.

Supera-se, desse modo, a redução do direito ao que está disposto na lei, como queria positivismo jurídico, razão pela qual o Estado Constitucional não constitui uma continuação do Estado Legislativo, mas uma transformação que afeta a própria concepção de direito³⁸⁵. Afasta-se dos dogmas da cientificização do direito e da sua indiferença para com os valores éticos da sociedade, comprometendo-se a sua criação com o conteúdo valorativo plasmado nas Constituições. E a lei, pela primeira vez, submete-se a uma relação de adequação e subordinação aos princípios jurídicos situados em um patamar hierarquicamente superior, estabelecido pela Constituição.

Outro avanço foi possibilitado por esta nova concepção da Constituição: superou-se a redução da justiça à lei, promovida pelo positivismo jurídico no século XIX. Esta corrente filosófica, ao refutar a existência de diferentes níveis de direito, obstaculizava a possibilidade de se realizar uma distinção entre a lei e a justiça no plano jurídico – tal diferenciação só seria admitida no domínio da Ética. Assim como os direitos eram determinados pela lei, a justiça era traduzida pelos enunciados legais³⁸⁶.

A Constituição tomou para si a tarefa de fixar princípios de justiça material³⁸⁷, destinados a informar todo o ordenamento jurídico. Esses princípios que durante muito tempo não passaram de proclamações sem nenhuma incidência jurídica prática começam a ser previstos constitucionalmente como objetivos a serem necessariamente perseguidos pelo Poder Público³⁸⁸, não apenas no sentido negativo de impedir, de abster-se, mas também no de promover, de empregar suas forças positivamente para concretizá-los.

ainda mais, é uma lei superior ao denominador comum das leis”. GORDILLO, Agustín. **Princípios gerais de direito público**. São Paulo: RT, 1977. p. 94.

³⁸⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, v. 240, 2005. p. 84.

³⁸⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Op. Cit.*, p. 33.

³⁸⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Idem*, p. 96.

³⁸⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Idem*, p. 93.

³⁸⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Idem*, p. 94.

Nessa nova configuração da Constituição, a efetivação das suas disposições torna-se verdadeira realização da justiça, eis que a positivação de determinados princípios e direitos fundamentais (que nada mais são que a expressão de valores e necessidades consensualmente reconhecidos por determinada comunidade) transforma o Poder Constituinte e a própria Constituição em autêntica “reserva de justiça”³⁸⁹. Por isso mesmo, não se trata de substituir a superioridade da lei pela supremacia da Constituição, mas sim de aquilatar conteúdo valorativo ao princípio da legalidade, que deixa de ser formal e se torna substancial.

A validade da lei não mais se funda apenas na sua forma, na observância do seu procedimento de elaboração, mas aos princípios de justiça material albergados pelo ordenamento constitucional. Os valores assumem importância na apreciação da lei, que só poderá ser aplicada se seu conteúdo estiver de acordo com os ditames valorativos e principiológicos da Constituição – deixou-se de examinar unicamente a legalidade da norma, analisando-se igualmente a sua justiça e legitimidade.

São históricas as razões pelas quais as Constituições da segunda metade do século XX passaram a albergar expressamente os valores compartilhados pela sociedade sob a forma de opções políticas e programas de ação dirigidos aos poderes públicos³⁹⁰. As experiências totalitárias experimentadas no período entre-guerras, como o nazismo alemão e o fascismo italiano, desencadearam um processo de superação do positivismo jurídico e o retorno à idéia de valores. Os reflexos nas Constituições foram inevitáveis, engendrando de um lado a introdução de valores fundamentais orientadores da organização política, e de outro a criação de objetivos dirigidos à atuação política do Estado, com a finalidade de realizar esses valores³⁹¹. Assim, nos Estados Constitucionais do Ocidente, mormente após as barbaridades ocorridas na Segunda Guerra Mundial, os textos constitucionais abrem-se a princípio e valores, adquirindo elevada carga axiológica, com ênfase no princípio da dignidade da pessoa humana, que recebeu tratamento privilegiado, formando a base antropológica

³⁸⁹ Expressão cunhada por J. J. Gomes Canotilho. *Apud* SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.*, p. 69.

³⁹⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 18-19.

³⁹¹ BARCELLOS, Ana Paula de. *Idem*, p. 24.

sobre a qual se edificaram tais ordenamentos. O princípio da dignidade da pessoa humana tornou-se paradigma e referencial ético, norteando o constitucionalismo contemporâneo e dando-lhe especial racionalidade, unidade e sentido³⁹².

Mergulha-se nessa conjuntura a Constituição brasileira de 1988, que em razão de sua experiência histórica marcada pela tortura e demais formas de afronta e desrespeito à pessoa humana no regime militar, fundamentou o Estado brasileiro na dignidade da pessoa humana³⁹³, estabelecendo-a como valor fundamental de todo o ordenamento jurídico.

Nascido no âmbito da filosofia, o conceito da dignidade humana adquiriu juridicidade positiva e normativa como reação às práticas nazi-fascistas, configurando-se verdadeiro anticorpo jurídico contra “*a praga da degradação da pessoa por outras que podem destruí-la ao chegar ao poder*”³⁹⁴. Com o advento do Estado Social, após a Segunda Guerra Mundial, a pessoa humana passou a ocupar posição de destaque no cenário mundial³⁹⁵, constituindo princípio matricial do constitucionalismo contemporâneo³⁹⁶ e sendo compreendida como o valor essencial que dá unidade de sentido à Constituição Federal³⁹⁷.

Insta ressaltar a dificuldade de se obter uma conceituação clara do que efetivamente venha a ser esta dignidade, até mesmo para se definir o seu âmbito de proteção como norma jurídica fundamental³⁹⁸. Esta dificuldade justifica-se em decorrência, dentre outros fatores, da imprecisão e vagueza dos contornos deste

³⁹² PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparado dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 11-12.

³⁹³ Art. 1º, III da CF.

³⁹⁴ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. **Revista Interesse Público**, n. 4, 1999. p. 29.

³⁹⁵ Por escapar dos limites metodológicos estabelecidos para a temática deste trabalho, não cabe aqui desenvolver uma retomada histórica acerca do surgimento da dignidade como valor intrínseco ao ser humano. Remete-se o leitor, desta forma, à leitura de BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 103-121, e BODIN DE MORAES, Maria Celina. O Conceito de Dignidade Humana: Substrato Axiológico e Conteúdo Normativo. In: Ingo Wolfgang Sarlet. (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003. p. 111-116.

³⁹⁶ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Op. Cit.*, p. 24.

³⁹⁷ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 13.

³⁹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 39.

conceito, que, não obstante, não têm o condão de lhe esvaziar o conteúdo axiológico-normativo.

Na tentativa de alcançar uma definição minimamente objetiva, ainda que aberta, da dignidade da pessoa humana, registra Ingo Wolfgang Sarlet:

*temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos*³⁹⁹.

A posição de princípio jurídico fundamental albergado na Constituição Federal empresta, como visto, normatividade jurídico-positiva à dignidade da pessoa, para além do seu conteúdo ético e moral⁴⁰⁰. A norma então passa a ser dotada, em sua plenitude, de *status* constitucional formal e material e, conseqüentemente, carregado de eficácia⁴⁰¹. Por outro lado, não se pode crer que a normatização do princípio da dignidade da pessoa humana seja suficiente para salvaguardar sua proteção⁴⁰².

Compreende-se de forma majoritária na doutrina contemporânea que o princípio da dignidade da pessoa humana constitui o valor basilar dos direitos humanos e fundamentais⁴⁰³, compreendidos sob a perspectiva ocidental. É neste contexto que se afirma que o reconhecimento e a garantia de direitos fundamentais configura uma exigência da dignidade da pessoa humana⁴⁰⁴, pelo fato de os direitos fundamentais constituírem explicitações desta dignidade⁴⁰⁵, de modo que em cada um

³⁹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Idem*, p. 60.

⁴⁰⁰ Para uma explicação detalhada da transformação da concepção de princípios jurídicos, desde princípios gerais do direito até a configuração de princípios constitucionais, ver BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1994. p. 228-256.

⁴⁰¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 70.

⁴⁰² ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Op. Cit.*, p. 26.

⁴⁰³ Tamanha é a proximidade deste princípio com o conteúdo dos direitos humanos e dos direitos fundamentais que a proteção da pessoa humana pode ser considerada como fator de aproximação entre ambas as categorias de direitos. FACHIN, Melina Girardi. Todos os Nomes e um só Sentido: a Aproximação dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais tendo em vista sua Efetivação Prática. **Revista Brasileira de Direito Internacional**, v. 3, 2006. p. 57.

⁴⁰⁴ “La dignidad humana supone el valor básico (grundwert) fundamentador de los derechos humanos que tienden a explicitar y satisfacer las necesidades de la persona en la esfera moral”. LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995. p. 318.

⁴⁰⁵ José Carlos Vieira de Andrade identifica os direitos fundamentais por seu conteúdo comum baseado no princípio da dignidade da pessoa humana, sustentando que tal princípio concretiza-se pelo reconhecimento e

deles se pode identificar um conteúdo ou alguma projeção da dignidade da pessoa⁴⁰⁶. Não se pode confundir essa relação, entretanto, com uma suposta identidade entre os direitos fundamentais e o princípio da dignidade: esta se expressa através daqueles em diferentes graus, compondo, de modo geral, parcela do seu conteúdo⁴⁰⁷.

Destarte, embora com diferentes graus de vinculação, a dignidade da pessoa humana, na condição de valor e princípio normativo fundamental atrai o conteúdo dos direitos fundamentais⁴⁰⁸, exigindo e pressupondo o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões (ou gerações)⁴⁰⁹. Há uma relação de complementaridade entre as dimensões de direitos, já que os direitos fundamentais civis e políticos, requerem a garantia de condições materiais mínimas para o seu exercício, proporcionadas pelos direitos fundamentais sociais prestacionais, de modo que todos conjuntamente promovem a dignidade humana⁴¹⁰. Por conseguinte, do princípio da dignidade humana derivam, concomitantemente, a obrigação de não-violação e o dever de promoção e proteção.

Entretanto, se as disposições constitucionais nesse novo paradigma jurídico adquiriram força normativa e se o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais impõem ao Estado o duplo dever de não-violação e de promoção, torna-se necessária a previsão de mecanismos que garantam esses dois aspectos: a supremacia das disposições constitucionais e a efetivação dos direitos fundamentais e da dignidade humana. Consoante explanou-se na primeira parte desta

positivação de direitos e garantias fundamentais. Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Livraria Almedina, 1987. p. 83 e ss.

⁴⁰⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. v. 4, jul-dez 2004. São Paulo: ESDC, 2004. p. 244.

⁴⁰⁷ Para uma posição crítica em relação ao tema ora referido, ver TAVARES, André Ramos. Princípio da consubstancialidade parcial dos direitos fundamentais na dignidade do homem. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. v. 4, jul-dez 2004. São Paulo: ESDC, 2004. p. 233.

⁴⁰⁸ SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 212, 1998, p. 92. Deve-se registrar, contudo, a impossibilidade de se reconduzir diretamente todos os direitos fundamentais previstos na nossa Constituição ao princípio da dignidade da pessoa humana, havendo, como já frisado, diferentes graus de intensidade dessa correlação.

⁴⁰⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 85.

⁴¹⁰ Tome-se, como exemplo, o direito à liberdade de expressão, que só poderá ser plenamente exercido se o seu titular souber e puder ler e escrever, gozando respectivamente dos direitos à educação e à saúde, dentre outros.

monografia⁴¹¹, cabe aos instrumentos de controle de constitucionalidade e às garantias constitucionais exercer essas tarefas. Porém, para realizá-las, foi necessária também uma transformação na concepção de jurisdição e na teoria da separação dos poderes, que, na forma como eram compreendidas no Estado Legislativo, jamais permitiriam ao juiz a invalidação de leis e a usurpação do que até então era competência exclusiva do Poder Legislativo. Passa-se então à investigação dessas transformações.

1.3. A transição paradigmática na concepção de jurisdição: do juiz *bouche de la loi* à jurisdição como meio de efetivação dos direitos fundamentais

A jurisdição na Europa continental, ao final do século XIX, apresentava-se completamente vinculada aos valores do Estado Legislativo e do positivismo jurídico. Nesse contexto, o juiz encontrava-se proibido de exercer uma função ativa no processo; para garantir a liberdade do indivíduo, era-lhe vedada a interpretação da lei⁴¹². A submissão do Judiciário ao Legislativo restringiu a atividade judicial à mera reprodução literal das palavras da lei⁴¹³, reduzindo a função do magistrado à aplicação estrita da norma criada pelo Parlamento⁴¹⁴, numa tentativa de impedi-lo de interpretá-la⁴¹⁵.

Muito embora essa concepção de jurisdição tenha sido reflexo do pensamento de vários pensadores do Estado Liberal, tal como John Locke⁴¹⁶, costuma-se atribuir os principais créditos a Montesquieu, a partir da sua teoria da separação dos poderes⁴¹⁷

⁴¹¹ Parte I, Capítulo II, Tópico 2.1 e Sub-tópico 2.2.2.

⁴¹² MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. São Paulo: RT, 2006. p. 414.

⁴¹³ BACHOF, Otto. **Jueces y Constitución**. Madrid: Civitas, 1985. p. 23.

⁴¹⁴ CAPPELLETTI, Mauro. Montesquieu abandonne? Développement et légitimité de la “justice constitutionnelle”. In: **Le Pouvoir des Juges**. Articles choisis de droit judiciaire et constitutionnel comparé. Paris: Ed. Economica, 1990. p. 260.

⁴¹⁵ A valorização da lei pelos revolucionários franceses explicava-se pelo fato de ser uma norma produzida pela nação através de seus representantes e orientada pela razão, motivo pelo qual não poderia consistir em ameaça à justiça e à liberdade. A justiça era considerada como o próprio respeito à legalidade. CLÈVE, Clèmerson Merlin. A teoria constitucional e o direito alternativo (para uma dogmática constitucional emancipatória). In: Carlos Henrique de Carvalho Filho. (Org.). **Uma vida dedicada ao Direito. Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho**. O editor dos juristas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 34-35.

⁴¹⁶ Nesse sentido, PALU, Oswaldo Luiz. **Controle dos atos de governo pela jurisdição**. São Paulo: RT, 2004. p. 43: “O Poder Judiciário, em Locke, brilha pela sua ausência”.

⁴¹⁷ “O Estado moderno deve a Montesquieu a elaboração da teoria, que, depois, foi encampada pela experiência de não poucas sociedades políticas, inclusive a brasileira”. CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo**. 2. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 24.

difundida em sua clássica obra intitulada *Do Espírito das Leis*⁴¹⁸. No livro, o pensador francês, ao tratar da função jurisdicional, assevera que “*Os juizes da nação (...) são somente a boca que pronuncia as palavras da lei, os seres inanimados que não lhe podem moderar nem a força, nem o rigor*”⁴¹⁹. Em outra passagem, ao referir-se aos três Poderes do Estado, o autor afirma que: “*Dos três poderes dos quais nós falamos, o de julgar é de algum modo nulo*”⁴²⁰.

Montesquieu elabora a sua teoria da separação dos poderes⁴²¹ tendo como *leitmotiv* a idéia de liberdade, cuja proteção só se daria caso o poder pudesse ser refreado, de modo a conter os seus excessos. Aquilo que posteriormente viria a se chamar de princípio da separação dos poderes justificou-se, portanto, com base em outro princípio: o do controle do poder político⁴²². Para ele, todo homem dotado de poder tende a abusar dele, sendo necessária a imposição de limites, de sorte que o poder freie o poder. O cerne da sua teoria residia, por conseguinte, na idéia de que os poderes do Estado deveriam ser separados de forma orgânica e funcional, garantindo-se assim o equilíbrio, através de um mútuo controle entre eles⁴²³. Na formulação de M. J. C. Vile, a “*doutrina pura*” da separação dos poderes poderia ser formulada do seguinte modo:

é essencial para o estabelecimento e conservação da liberdade política que o Estado se divida em três ramos ou departamentos, chamados corpo legislativo, corpo executivo e corpo judicial. A cada um destes três ramos corresponde uma função, que leva seu mesmo nome. Cada ramo do Estado deve limitar-se a exercer a função que lhe é própria, sem que se lhe permita interferir nas funções dos outros ramos. Ademais, as pessoas que compõem cada uma destas três agências devem ser diferentes, sem que se permita que um só indivíduo forme parte de mais de um ramo simultaneamente. Deste modo, cada

⁴¹⁸ MONTESQUIEU. De l'esprit des lois. In: **Oeuvres Complètes**. Paris: Seuil, 1964.

⁴¹⁹ “Les juges de la nation (...) ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur.” MONTESQUIEU. De l'esprit des lois. In: **Oeuvres Complètes**. Paris: Seuil, 1964. livre XI, chap. 6, p. 589.

⁴²⁰ “Des trois puissances dont nous avons parlé, celle de juger est en quelque façon nulle”. MONTESQUIEU. *Op. Cit.*, livre XI, chap. 6, p.588.

⁴²¹ Frise-se que, teoricamente, o poder político é uno e indivisível, especialmente nas democracias contemporâneas em que o seu titular é o povo que não o divide. O que existe é a atribuição do exercício de diferentes funções estatais a órgãos distintos e autônomos, razão pela qual o correto seria aludir a uma separação de funções. Cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo**. 2. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 30. Todavia, feita a advertência, continuar-se-á utilizando a expressão “separação dos poderes” em função da larga difusão do termo.

⁴²² MARTÍN, Nuria Belloso. **El control democrático del poder judicial en España**. Curitiba: Universidad de Burgos/Moinho do Verbo, 1999. p. 15.

⁴²³ PALU, Oswaldo Luiz. *Op. Cit.*, p. 49.

um dos três ramos controlará os dois restantes, e o manejo da máquina do Estado nunca poderá estar em mãos de um só grupo de indivíduos.⁴²⁴

Apesar de Montesquieu não ter sido burguês, mas sim um aristocrata francês que defendia a continuidade dos privilégios da sua classe, sua teorização foi captada pelos intelectuais orgânicos da classe emergente, tornando-se o modelo de organização política ideal aos interesses da burguesia, que embora constituísse a classe social economicamente hegemônica, ainda não detinha o controle do poder político⁴²⁵. Com base em sua teoria, a burguesia francesa, ao conquistar a maioria parlamentar com o movimento revolucionário, instituiu uma organização estatal em que as funções do Estado encontravam-se bem definidas: ao Legislativo competia a criação das normas, de acordo com os valores liberais da classe burguesa que já dominava o Parlamento; ao Executivo cabia cumpri-las, o que significava invariavelmente respeitar as liberdades individuais por elas protegidas; e ao Judiciário cumpria aplicá-las, sem qualquer questionamento quanto ao seu conteúdo⁴²⁶.

O estreito comprometimento da jurisdição do Estado Legislativo com a atuação da vontade da lei revela-se de modo expressivo quando Giuseppe Chiovenda afirma que “*não pode haver sujeição à jurisdição senão onde pode haver sujeição à lei*”⁴²⁷. A função jurisdicional limitava-se à proteção dos direitos subjetivos dos particulares mediante a aplicação da lei⁴²⁸; na sua falta, a tutela jurisdicional dos direitos ficava obstaculizada. Destaque-se que a concepção chiovendiana⁴²⁹ de jurisdição, cuja

⁴²⁴ “es esencial para el establecimiento y conservación de la libertad política que el Estado se divida en tres ramas o departamentos, llamados cuerpo legislativo, cuerpo ejecutivo y cuerpo judicial. A cada una de estas tres ramas corresponde una función, que lleva su mismo nombre. Cada rama del Estado debe limitarse a ejercer la función que le es propia, sin que se le permita interferir en las funciones de las otras ramas. Además, las personas que componen cada una de estas tres agencias deben ser diferentes, sin que se permita que un solo individuo forme parte de más de una rama simultáneamente. De este modo, cada una de las tres ramas controlará a las dos restantes, y el manejo de la maquinaria del Estado nunca podrá estar en manos de un solo grupo de individuos”. VILE, M. J. C. **Constitucionalismo y separación de poderes**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 13-14.

⁴²⁵ CLÈVE, Clémerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo**. 2. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 26.

⁴²⁶ A importância dada pelos revolucionários burgueses à teoria da separação dos poderes era tanta que chegou-se a estabelecer no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 26 de agosto de 1789 que “toda a sociedade em que a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não possui Constituição”. Vinculou-se o próprio conceito de Constituição à idéia de separação dos poderes.

⁴²⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1969. p. 55.

⁴²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. São Paulo: RT, 2006. p. 31.

⁴²⁹ “Chiovenda é um verdadeiro adepto da doutrina que, inspirada no iluminismo e nos valores da Revolução Francesa, separava radicalmente as funções do legislador e do juiz, ou melhor, atribuía ao legislador a criação do

influência sobre a doutrina processual brasileira foi decisiva, admite expressamente a impossibilidade de se prestar tutela efetiva do direito material quando a lei não previr a técnica processual adequada⁴³⁰. Essa forma de compreensão da jurisdição confere maior valor à técnica processual legislativamente prevista do que ao direito material⁴³¹.

Importa salientar que essa forma de pensar a jurisdição coadunava com a concepção de direito do Estado Legislativo, já que a observância estrita da lei era entendida como necessária para a proteção das liberdades individuais. A partir desse paradigma, a doutrina da separação dos poderes, da forma distorcida como foi recepcionada pelos revolucionários burgueses⁴³², acabou sendo transposta a realidades diversas, tais como os países latino-americanos que importaram esse modelo de jurisdição⁴³³. Contudo, deve-se frisar que essa forma de organização do Estado e das suas funções diz respeito a um momento histórico muito específico, em que fazia sentido uma preocupação tão grande com os abusos da jurisdição^{434 435}.

Esse legado engendrou em determinadas realidades jurídicas uma postura receosa quanto à efetivação dos direitos fundamentais pela jurisdição, particularmente no âmbito dos direitos que reclamam prestações estatais positivas para a sua realização. Isso porque, no momento em que o juiz condenasse o administrador, por

direito e ao juiz a sua aplicação.” MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. São Paulo: RT, 2006. p. 34.

⁴³⁰ “Se, por sua natureza ou por falta de meios de subrogação, não se pode conseguir um bem senão com a execução por via coativa, e os meios de coação não estão autorizados na lei, aquele bem não é conseguível no processo, salvo a atuação (se possível, por sua vez) da vontade concreta da lei que deriva da lesão ou inadimplemento do direito a uma prestação; salvo, por exemplo, o direito ao ressarcimento do dano”. CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1965. p. 290.

⁴³¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. Cit.*, p. 137.

⁴³² Segundo Eros Roberto Grau, a separação dos poderes constitui um dos mitos mais eficazes do Estado Liberal. Cf. GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 225.

⁴³³ MARTÍN, Nuria Belloso. **El control democrático del poder judicial en España**. Curitiba: Universidad de Burgos/Moinho do Verbo, 1999. p. 10.

⁴³⁴ “os abusos cometidos pelos juízes (*Parlements*), no período que precedeu a revolução, determinou, de certo modo, a desconfiança dos franceses em relação ao Judiciário. Tal desconfiança, por sua vez, influenciou de forma decisiva a organização do Poder Judiciário na França”. CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 60-61.

⁴³⁵ Romeu Felipe Bacellar Filho esclarece que o fundamento da interpretação do princípio da separação dos poderes tal como foi realizada pelos revolucionários franceses decorre justamente da desconfiança que ostentavam em relação ao Judiciário, tendo sido essa a razão original para a criação de uma jurisdição administrativa. Cf. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O controle da administração pública. In: FARIAS, Germán Cisneros (coord.); RUIZ, Jorge Luiz Fernandes (coord.); OLVERA, Miguel Alejandro Lopez (coord.). **Control de la administración pública**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2007. p. 40.

exemplo, a agir de determinada forma, estaria adentrando na esfera de atuação do Poder Executivo, afrontando o princípio da separação dos poderes.

Nesse passo, questionou-se a legitimidade democrática do Poder Judiciário para concretizar as normas de caráter mais abstrato⁴³⁶, pois ainda se entendia que essa função – a de fazer as escolhas políticas e morais da sociedade – cabia aos representantes eleitos pelo povo⁴³⁷. Tal linha de raciocínio gerou o problema da inefetividade dos direitos fundamentais sociais, notadamente os de cunho prestacional, que avultaram nos ordenamentos constitucionais com o advento do Estado Social.

Com a mudança das feições do Estado, que abandona uma postura de mera abstenção para a proteção das liberdades e adota o dever de promoção da igualdade mediante prestações positivas, e com as transformações da sociedade, que deixa de ser vista como algo homogêneo⁴³⁸ e passa a ser compreendida como um corpo social heterogêneo, com diferenças que devem ser respeitadas e distorções que devem ser corrigidas, impôs-se a releitura da concepção de jurisdição e das relações entre os poderes do Estado.

Alterando-se a concepção de direito, que começa a ser entrevisto sob uma ótica valorativa, passou-se a exigir do intérprete uma sensibilidade até então vedada pela filosofia juspositivista. A aplicação da norma começa a reclamar necessariamente a produção de juízos de valor pelo julgador, para a avaliação da adequação do conteúdo normativo com os princípios de justiça albergados nas Constituições. A proteção dos direitos fundamentais passa a não depender diretamente da legislação, mas sim do seu

⁴³⁶ “De maneira geral, quando o poder judiciário assume um papel politicamente mais ativo e particularmente quando faz valer seu poder de controle constitucional, isto é, quando se produz o que se costuma chamar de ‘ativismo judiciário’, é ele questionado e o argumento usualmente esgrimido é a sua origem ‘não democrática’”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder judiciário: crises, acertos e desacertos**. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 41.

⁴³⁷ Fazendo alusão a esse pensamento, explica Robert Alexy: “Ahora bien, si el derecho carece de pautas suficientes, entonces la decisión acerca del contenido de los derechos sociales fundamentales es un asunto de la política. Sin embargo, esto significa que, de acuerdo con los principios de la división de poderes y de la democracia, la decisión sobre el contenido de los derechos sociales fundamentales no cae dentro de la competencia de los tribunales de justicia sino dentro de la competencia del «legislador directamente legitimado por el pueblo». Por lo tanto, los tribunales pueden decidir preguntas que se enmarcan dentro del ámbito de los derechos sociales fundamentales sólo si el legislador ya ha adoptado sus decisiones”. ALEXY, Robert. *Op. Cit.*, p. 450.

⁴³⁸ Fato que anteriormente justificava a edição de leis sempre gerais e abstratas.

reconhecimento pela Constituição, na qual são previstos muitas vezes de forma abstrata, cabendo ao juiz concretizá-los através da interpretação.

Assim, as Constituições recepcionam a idéia de Estado Democrático de Direito, ao conjugarem o princípio democrático – tão caro ao Estado de Direito – com os direitos fundamentais em todas as suas dimensões, evidenciando-se que os direitos fundamentais são um elemento básico para a realização da democracia⁴³⁹, eis que a garantia de condições de existência digna por eles propiciada é essencial para qualquer participação política. Para possibilitar esse casamento, a Constituição, como visto, assume força jurídico-normativa e vincula não apenas o Legislativo, mas igualmente o Executivo e o Judiciário.

É nessa quadra que se altera a compreensão de jurisdição no Estado Constitucional, sob o influxo dos direitos fundamentais. Nesse paradigma, as normas constitucionais direcionam-se também ao Judiciário, comprometendo os magistrados com a sua realização através da interpretação. Para Owen Fiss, a função do juiz é dotar os valores constitucionais de significado, procurando o que é verdadeiro, correto ou justo; ou seja, a jurisdição adquire a tarefa de “*conferir significado concreto e aplicação aos valores constitucionais*”⁴⁴⁰. Com essa nova roupagem, à jurisdição passa a competir a função de tutelar os direitos, recaindo sobre ela o dever de viabilizar as tutelas prometidas pelo direito material e pela Constituição⁴⁴¹.

Baseado nessa inovadora concepção de jurisdição, Luiz Guilherme Marinoni leciona que, como a proteção dos direitos fundamentais constitui dever do Estado como um todo, e não apenas do legislador, é possível ao magistrado averiguar, no caso concreto, se a omissão normativa significou negação de tutela ao direito fundamental; em caso positivo, deve-se admitir que o juiz supra a omissão de tutela devida pelo

⁴³⁹ PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. 2. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 41.

⁴⁴⁰ FISS, Owen. **Um novo Processo Civil: estudos norte-americanos sobre Jurisdição, Constituição e sociedade**. São Paulo: RT, 2004. p. 36.

⁴⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. Cit.*, p. 138. Consoante Luiz Guilherme Marinoni, “o mais importante, para uma nova concepção de jurisdição, é a possibilidade de o juiz controlar a inconstitucionalidade por omissão no caso concreto. Como já foi dito, há normas constitucionais que impõem um dever de legislar e há direitos fundamentais que, embora decorrentes de normas que se calam sobre essa espécie de dever, dependem, para a sua efetivação ou proteção, de regramento infraconstitucional.” *Idem*, p. 95.

legislador⁴⁴². E com isso, a separação de poderes no formato como foi construída pelo ideário burguês muda de figura, adquirindo contornos adequados ao Estado Constitucional.

A releitura do pensamento de Montesquieu fez-se indispensável. Afirmou-se há pouco que os apontamentos do pensador francês revelam que, para se evitar o abuso e a concentração de poder, este deve estar distribuído entre órgãos capazes de serem regidos de forma autônoma. Sua teoria não exclui a possibilidade dos controles recíprocos⁴⁴³, eis que são imprescindíveis à limitação do poder⁴⁴⁴. Assim, o autor não sugere uma separação, mas sim o equilíbrio entre três poderes distintos: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário⁴⁴⁵.

Abandona-se uma forma dogmática de se encarar a separação dos poderes, e adota-se um sistema de *freios e contrapesos*⁴⁴⁶ entre as funções estatais. A relação entre os Poderes do Estado estabelecida pela sistemática de freios e contrapesos encontra fundamento no próprio princípio da separação de poderes, porém, vista de outro modo: a interferência de um poder sobre o outro torna-se admissível quando objetivar garantir a atuação harmônica entre os Poderes⁴⁴⁷. Ao Poder Judiciário, por conseguinte, outorgou-se a função de controle frente aos Poderes Executivo e Legislativo⁴⁴⁸, superando-se o paradigma consolidado no século XIX. Atribuiu-se aos tribunais a responsabilidade última de defender os valores albergados na Constituição, controlando-se também por meio do Judiciário o cumprimento da Constituição por parte da Administração⁴⁴⁹. Sobre a adoção desse sistema no contexto brasileiro, arremata Sérgio Cruz Arenhart:

⁴⁴² MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. Cit.*, p. 95.

⁴⁴³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Op. Cit.*, p. 82.

⁴⁴⁴ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Conflito entre poderes**. O Poder Congressual de sustar atos normativos do Poder Executivo. São Paulo: Editora RT, 1994. p. 14.

⁴⁴⁵ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 233.

⁴⁴⁶ “Este sistema, principalmente, esteve orientado a estabelecer diferentes áreas de poder, parcialmente separadas entre si y capaces de controlarse entre ellas. La forma de alcanzar este último objetivo consistió en proveer a cada una de las áreas en cuestión (el Ejecutivo, el Judicial, las Cámaras Legislativas) de medios capaces de restringir los posibles excesos de las otras.” GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente al gobierno**. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial. Barcelona: Editorial Ariel, 1996. p. 36.

⁴⁴⁷ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Op. Cit.*, p. 17-18.

⁴⁴⁸ “Este aumento de la función de control significa un incremento acentuado del poder del juez y, necesariamente, una disminución proporcional del poder del Legislativo y del Ejecutivo. Este hecho es indiscutible”. BACHOF, Otto. **Jueces y Constitución**. Madrid: Civitas, 1985. p. 27.

⁴⁴⁹ BACHOF, Otto. *Op. Cit.*, p. 42-43.

o sistema adotado no Brasil não é o da ‘separação de poderes’, mas sim o do “*balanceamento dos poderes*”. Ou seja, o direito nacional não concebe a vedação de o Judiciário controlar atividades de outros “poderes” – seja negando força a estas atividades (controle negativo), seja impondo condutas (controle positivo). Ao contrário, no Brasil, o Judiciário tem sim a prerrogativa de interferir na atividade do Executivo e do Legislativo, para controlar a atuação destes na sua conformidade com o Direito – aí incluídos os princípios e diretrizes constitucionais⁴⁵⁰.

A separação dos poderes no Estado Constitucional contemporâneo deve se dar, portanto, através de uma interdependência e sujeição recíproca entre eles, consistindo o controle judicial do Parlamento e da Administração em uma correção necessária, com o intuito de restabelecer o equilíbrio frente ao enorme aumento do poder que o Legislativo e o Executivo tiveram nas décadas passadas⁴⁵¹.

O papel do juiz na atualidade alterou-se de mera “*boca da lei*” para “*verdadeiro agente político, que interfere diretamente nas políticas públicas*”⁴⁵². Nas situações em que um dos poderes do Estado deixa de cumprir a imposição que lhe foi dirigida pela Constituição – por exemplo, quando a Administração deixa de prestar o serviço público de saúde, ou quando o Legislativo se omite na elaboração de norma necessária ao exercício de um direito fundamental do trabalhador – recai sobre o Judiciário o dever de funcionar como um contrapeso, viabilizando a tutela do direito.

Frise-se que esse controle jurisdicional da constitucionalidade dos atos e omissões do Estado revelou-se como mecanismo imprescindível à garantia da supremacia e da força normativa das disposições constitucionais⁴⁵³. Se um dos poderes estatais desrespeita os comandos constitucionais, impende aos demais atuarem para assegurar a normatividade constitucional. Com a viragem na concepção de direitos fundamentais, o dever de atuação da jurisdição na sua efetivação tornou-se ainda mais patente, tendo em vista que os direitos fundamentais decorrem diretamente da Constituição e não mais dependem da lei; pelo contrário, a lei é que passa a depender dos direitos fundamentais para ter a sua validade auferida.

⁴⁵⁰ ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 777, 19 ago. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7177>>. Acesso em: 09 fev. 2007. p. 1.

⁴⁵¹ “a proeminência do Poder Judiciário, na época atual, é sentida de maneira bastante intensa – com exceção do modelo francês – servindo de base à necessária remodelagem da clássica teoria da separação dos poderes, no que se refere às relações entre estes”. TAVARES, André Ramos. A superação da doutrina tripartite dos “poderes” do Estado. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, n. 29, 1999. p. 71.

⁴⁵² ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. Cit.*, p.1.

⁴⁵³ Assunto tratado na Parte I, Capítulo II, Tópico 2.1., desta monografia.

Significa dizer que no Estado Constitucional os direitos fundamentais não podem ser reféns da sua concretização pelo Legislativo ou pelo Executivo, sob pena de se erodir a supremacia da Constituição. A obrigação de concretizá-los passa a competir a todas as funções do Estado, cabendo ao Judiciário contrabalancear a atuação estatal nos casos de omissão dos demais poderes. Logo, nesse novo paradigma a função da jurisdição passa a ser a de concretizar as tutelas prometidas pelo direito material, sobretudo pela Constituição, emprestando efetividade aos direitos fundamentais.

Porém, o juiz deve poder lançar mão de instrumentos processuais aptos a solucionar no âmbito jurisdicional as exigências apresentadas pelo direito substancial, vale dizer, a viabilização da tutela do direito material através da jurisdição só será possível com a releitura das noções de ação e processo concebidas no Estado Legislativo, à luz dos novos cânones do Estado Constitucional, como se verá a seguir.

1.4. A transição paradigmática no Direito Processual Civil: do processo neutro e abstrato às técnicas processuais adequadas à tutela do direito material

O processo civil do final do século XIX, como não poderia deixar de ser, era também pensado sob o prisma das compreensões liberais do Estado Legislativo. Lembre-se que nesse paradigma o direito era intrinsecamente ligado à idéia de ciência, sendo dotado, pois, de formalismo e avaloratividade, e a lei era sua única fonte, eis que emanada da vontade do povo, representando uma garantia das liberdades individuais. A construção do Direito Processual Civil seguiu essa mesma linha, buscando-se através do processo assegurar a estreita observância da lei, lançando-se mão do cientificismo positivista.

Nos fins do século XIX, com a superação da fase do sincretismo – época em que se confundiam as esferas material e processual⁴⁵⁴ – especialmente após a revolucionária polêmica de Windscheid e Muther quanto ao conceito de ação⁴⁵⁵, esta deixa de ser considerada como uma vertente do direito material e passa a ser entendida como instituto de direito processual, assumindo autonomia em relação ao plano

⁴⁵⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: RT, 1987. p. 14-15.

⁴⁵⁵ Sobre o tema, ver MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006. p. 159-162.

material⁴⁵⁶. Instaura-se a fase científica do processo, também denominada de fase da dogmática processual civil, em que se afirma a autonomia da ação e do processo. Nessa fase, buscam os processualistas (dentre eles, Giuseppe Chiovenda) criar um sistema perfeitamente estruturado em torno de conceitos e princípios identificados como essenciais à ciência do direito processual civil⁴⁵⁷.

A escola chiovendiana demonstrou a autonomia da ação em relação ao direito material, configurando-se essa como um poder de provocar a atividade jurisdicional, a qual, como visto, dirigia-se à atuação da lei e não à efetivação do direito material⁴⁵⁸. Contudo, o isolamento da ação em relação ao plano do direito substancial, embora tenha constituído um avanço em relação à fase do sincretismo, acabou por afastar também do direito material os procedimentos e as sentenças⁴⁵⁹. A separação estanque entre a ação e o direito substancial levou à crença de que a ação deveria ser abstrata, regida por um procedimento único⁴⁶⁰, não havendo a necessidade de vincular procedimentos diferenciados que se adequassem às exigências de tutela do direito material⁴⁶¹. Criou-se, desta forma, uma ação padronizada, abstrata, a ser aplicada a toda e qualquer situação carente de tutela jurisdicional⁴⁶².

O processo civil no Estado Legislativo baseou-se na teoria da relação jurídica processual, marcada por um caráter geral-abstrato, dotado de um cientificismo que pretendia neutralizar a relação processual perante as diferentes realidades dos casos

⁴⁵⁶ CUNHA, Alcides Munhoz da. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 11. Do Processo Cautelar: arts. 796 a 812. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 66-67.

⁴⁵⁷ “A par do princípio da ação ou da demanda, correlativo dos princípios dispositivo ou da inércia da jurisdição, cuidou-se de dar o devido destaque a outros tantos princípios, tais como o inquisitivo ou o princípio do impulso oficial, do juiz natural, do contraditório ou da ampla defesa, precisando conceitos como os de revelia e exceção, classificando os atos processuais, notadamente os atos decisórios, tais como sentenças, decisões interlocutórias e despachos, desenvolvendo as noções sobre coisa julgada, sobre a teoria da prova e a teoria dos recursos, disciplinando institutos como os do litisconsórcio, da intervenção de terceiros etc.”. CUNHA, Alcides Munhoz da. *Op. Cit.*, p. 71.

⁴⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. Cit.*, p. 35.

⁴⁵⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. Cit.*, p. 219.

⁴⁶⁰ “É claro que a idéia de um procedimento único também foi legitimada pela desnecessidade, decorrente dos valores da liberdade e da economia liberal, de tratamento diferenciado dos direitos (como visto no item antecedente), assim como pelo desejo da escola (chamada sistemática, histórico-dogmática ou chiovendiana) que se estabeleceu no início da afirmação do direito autônomo de ação, de eliminar do processo qualquer mancha do direito material”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. Cit.*, p. 239.

⁴⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. Cit.*, p. 240.

⁴⁶² ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: RT, 2003. p. 27.

concretos⁴⁶³. O conceito de relação jurídica processual não admitia sequer questionamentos sobre a legitimidade do procedimento⁴⁶⁴, vale dizer, sobre a sua adequação às necessidades de tutela do direito material. Tal conceituação do processo desligou-se da figura do procedimento, visto como simples forma, incapaz de interferir sobre a atuação da vontade da lei, compreendida como o escopo do processo.

O princípio da tipicidade das formas processuais ganhou especial relevância, reconhecendo como legítimas tão-somente as técnicas processuais expressamente definidas na legislação. Observe-se que a tipicidade não dizia respeito à ação, que poderia ser abstrata, mas sim às técnicas processuais “*capazes de dar corpo à ação autônoma e atípica*”⁴⁶⁵. Tal princípio constituiu expressão da idéia de liberdade, tão valorizada no Estado Legislativo. A lei garantia a liberdade, inclusive no processo, através da previsibilidade.

Era necessário que todas as técnicas processuais estivessem legalmente previstas de modo a impedir interferências indevidas na esfera individual dos litigantes. Tome-se como exemplo a tipicidade dos meios executivos: por meio da vedação da utilização de meios executivos não previstos em lei, impedia-se que o juiz agisse de forma arbitrária na fixação da modalidade executiva, protegendo-se com isso a liberdade dos litigantes em face do Estado⁴⁶⁶. Nessa perspectiva, processo deveria estar adstrito às formalidades da lei, de modo que o juiz não poderia lançar mão de instrumentos não previstos na legislação, ainda que para proteger valores maiores, estabelecidos no texto constitucional. Ainda e mais uma vez, a proteção da liberdade pelas malhas da lei falava mais alto.

Na fase da dogmática processual civil deu-se demasiada importância à técnica e às formalidades, impermeabilizando o processo contra os valores que influenciam as relações jurídicas de direito material e distanciando-o da “*realidade jurídica em constante mutação, a par dos grandes fenômenos sociais, políticos, culturais e*

⁴⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. Cit.*, p. 396.

⁴⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Idem*, p. 398.

⁴⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Idem*, p. 235.

⁴⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução*. São Paulo: RT, 2007. p. 60.

*econômicos que marcaram o final do século XX*⁴⁶⁷. Traduzia-se ao processo, assim, a racionalidade científica característica do direito moderno.

A ação atípica, abstrata e o procedimento uniforme também correspondiam aos ideais do paradigma do Estado Legislativo. Conforme pontuado, a sociedade era compreendida como um corpo homogêneo, e a igualdade perante a lei era meramente formal, não se admitindo discriminações positivas para corrigir as distorções sociais e promover a igualdade material. Logo, as situações deveriam ser tratadas a partir da habitual generalidade e abstração da norma, características presentes também na essência da ação, tal como concebida nessa fase. Ao juiz não era dado conformar o procedimento conforme as especificidades do caso concreto, devendo ignorar o fato de as peculiaridades do litígio – hipossuficiência de uma das partes, por exemplo – estarem a reclamar um procedimento distinto ou técnicas processuais diferenciadas. Portanto, foi justamente a concepção burocrática da função jurisdicional mencionada no tópico anterior a responsável pela criação de um modelo de procedimento único⁴⁶⁸.

Ocorre que a unidade procedimental, ou seja, a aceitação de um procedimento neutro e uniforme, nunca será capaz de dar conta das variadas exigências de tutela do direito material⁴⁶⁹. Na conexão entre os direitos fundamentais e os procedimentos jurídicos, os aspectos procedimental e material devem unir-se em um modelo dual em que se garanta a primazia da faceta material⁴⁷⁰. O titular do direito substancial possui também o direito ao procedimento adequado à tutela do seu direito material⁴⁷¹, cabendo ao legislador e ao juiz criarem as técnicas processuais capazes de se adaptarem às peculiaridades do caso concreto.

O processo, assim, deve ser compreendido a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva⁴⁷², deixando de ser um instrumento voltado à atuação da lei,

⁴⁶⁷ CUNHA, Alcides Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 11. Do Processo Cautelar: arts. 796 a 812. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 72.

⁴⁶⁸ DENTI, Vittorio. Il processo di cognizione nella storia delle riforme, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1993, p. 808. *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006. p. 236.

⁴⁶⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Idem*, p. 425.

⁴⁷⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 435.

⁴⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. Cit.*, p. 399.

⁴⁷² “Los derechos a los procedimientos judiciales y administrativos son esencialmente derechos a una «tutela jurídica efectiva». Una condición para una tutela jurídica efectiva es que el resultado del procedimiento garantice

para tornar-se um instrumento preocupado com a proteção dos direitos⁴⁷³. Por essa razão, como os direitos exigem tutelas diferenciadas, o processo deve respondê-los vinculando-se a procedimentos diferenciados, conforme as necessidades no plano do direito material, cabendo ao juiz, na falta de procedimento instituído pelo legislador, atender o direito da parte à construção do procedimento adequado ao caso concreto⁴⁷⁴.

Essas mudanças refletem a emersão da fase instrumentalista do processo, que o vincula às realidades concretas do direito material, mas preserva a sua autonomia. Exsurge uma nova maneira de encarar o processo, ora condizente com os pilares do Estado Constitucional. Afasta-se da concepção puramente científica do direito, deixando-se de compreender o processo como mera técnica para afirmá-lo com instrumento de realização de valores, especialmente os valores constitucionais⁴⁷⁵. Rejeita-se a postura de inércia do juiz frente ao processo, cabendo-lhe conformar o procedimento de acordo com as particularidades de cada caso concreto, emitindo juízos de valor para identificar qual a melhor técnica processual a ser aplicada. A lei deixa de ser o limite das possibilidades do processo⁴⁷⁶, cumprindo à Constituição estabelecer os princípios asseguradores das garantias processuais. Em suma: o processo deixa de girar em torno do seu próprio eixo e volta-se à magnitude constitucional, comprometendo-se com seus valores de igualdade material e justiça social, com todas as implicações que isso possa significar.

A ação é, ela própria, erigida à condição de direito fundamental, embora de natureza processual. Ao ser exercitada, seu escopo passa a ser a obtenção da tutela efetiva do direito material – seja ele fundamental ou não – o que requer técnicas processuais idôneas às peculiaridades de cada situação concreta⁴⁷⁷, estejam elas

los derechos materiales del respectivo titular de los derechos procesales”. ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 433.

⁴⁷³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. Cit.*, p. 403.

⁴⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Idem*, p. 443 e 461.

⁴⁷⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**: anuário 2004/2005. v. I. t. II. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura / Livraria do Advogado, 2006. p. 252.

⁴⁷⁶ “Supor (...) que a lei (a processual ou qualquer outra) seja onipotente, ou tenha ao menos força bastante para impelir por si só o processo, tal qual existe (...), é ilusão em que a esta altura já ninguém, com certeza, facilmente cairá”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre o problema da “efetividade” do processo. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de Direito Processual**: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 30.

⁴⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. São Paulo: RT, 2006. p. 240.

previstas na legislação ou não. Em caso negativo, caberá ao juiz empregar a técnica processual apta a responder às demandas do direito material.

No caso da tutela jurisdicional de direitos fundamentais, consoante explanado na primeira parte desta monografia, há uma diversidade de funções que podem ser por eles desempenhadas, tais como a função de defesa, a função de proteção e a função de prestação fática. A cada uma delas o processo deverá responder de forma distinta, adequando-se às suas exigências e imprimindo-lhes a máxima efetividade.

CAPÍTULO II – A concretização jurisdicional de direitos fundamentais à luz das novas concepções de Constituição, jurisdição, ação e processo

Observadas as novas compreensões disseminadas pelo paradigma do Estado Constitucional, impende agora perquirir as conseqüências engendradas por essa transição paradigmática na seara da concretização jurisdicional de direitos fundamentais, temática central deste trabalho. Mudaram-se as concepções de direito, de Constituição, de jurisdição, de ação e de processo, configurando-se uma verdadeira revolução paradigmática que exige do operador do direito um outro olhar, fundado nos novos horizontes de compreensão do fenômeno jurídico contemporâneo.

Certo é que não se pode mais conceber a atuação jurisdicional voltada à efetivação de direitos fundamentais da mesma forma como se fazia no Estado Legislativo; seria como tentar construir um edifício sobre vigas destroçadas. Não obstante, parece ter sido essa a tentativa do Supremo Tribunal Federal ao empreender a construção interpretativa do mandado de injunção no julgamento do *leading case* da matéria, bem como nos demais julgamentos que seguiram o mesmo entendimento.

Faz-se mister, nesse influxo, identificar quais as vinculações dessa interpretação ao Estado Legislativo e repensá-la a partir das *quatro paredes sólidas* erguidas pelo Estado Constitucional. Só assim será possível encontrar a técnica processual adequada à tutela jurisdicional dos direitos fundamentais não-regulamentados, principal escopo desta pesquisa.

2.1. Incongruências entre a interpretação originária do STF quanto ao mandado de injunção e os cânones do Estado Constitucional

No último tópico da primeira parte desta monografia, viu-se que a Suprema Corte ao interpretar originariamente o mandado de injunção estabeleceu que a sua finalidade resumia-se a, nos casos de inviabilidade do exercício de direitos constitucionais por falta de norma regulamentadora, incitar o Poder Judiciário a declarar a mora do órgão ou autoridade competente, dando-lhe ciência da sua omissão.

Não competiria à jurisdição concretizar o direito no caso concreto, nem elaborar regulamentação genérica com efeitos *erga omnes*.

Em primeiro lugar, vê-se que tal entendimento atrelava-se à concepção de direito compartilhada pelo positivismo jurídico. De pronto, deve-se ressaltar que com tal interpretação o direito constitucional do impetrante restava desrespeitado, haja vista a impossibilidade do seu exercício, mesmo após a propositura da ação constitucional. Com o entendimento adotado pela Corte, vedou-se ao Judiciário a interpretação criativa da Constituição, tal como ocorria no positivismo da Escola da Exegese na França, não importando se a impossibilidade do exercício do direito constitucional pelo seu titular implicasse uma situação de injustiça. Se o fundamento do direito não residia na justiça, mas sim na racionalidade científica, o mero juízo de fato – constatação da ausência da norma – bastava para que a função burocrática do juiz estivesse completa.

De acordo com os baldrames do Estado Constitucional, jamais se poderia admitir que um direito constitucional – situado, portanto, entre as posições jurídicas mais privilegiadas, imersas no tecido que envolve os valores de maior essencialidade num ordenamento jurídico – quedasse inerte mesmo após a reivindicação da tutela do Estado através da jurisdição. O próprio fundamento do direito seria atacado, já que os direitos que consubstanciam as maiores exigências de justiça – os direitos constitucionais, mormente os direitos fundamentais – estariam carentes de proteção, em função de uma interpretação racionalista.

No que toca às concepções de Constituição e de direitos fundamentais que subjazem à referida interpretação do STF quanto ao mandado de injunção, pode-se inferir que coincidiam com aquelas compartilhadas pelo Estado Legislativo⁴⁷⁸. Ora, se os direitos fundamentais, constitucionalmente previstos, dependem de lei para poderem ser tutelados pelo Poder Judiciário, conclui-se que as disposições constitucionais carecem de força normativa, sendo defeso ao juiz, conseqüentemente, concretizar os direitos definidos em normas constitucionais que demandam regulamentação.

⁴⁷⁸ Ressalte-se que aqui está-se referindo apenas a essa específica interpretação da Corte Suprema, não se estendendo a crítica a todos os julgados do Tribunal.

A impossibilidade de se emprestar efetividade aos direitos fundamentais albergados no ordenamento constitucional quando faltar regulamentação infraconstitucional é posicionamento tributário da concepção de Constituição como Carta Política, e de lei como fonte única e soberana do direito, ideais próprios do Estado Legislativo. O direito estaria sendo identificado com a lei (pois sem a lei não poderia haver direito), e a ausência de legislação especificando a regulamentação do seu exercício importaria no seu não reconhecimento jurídico, bem como na sua mera enunciação política pelo texto constitucional.

Não obstante, tal posicionamento destoa flagrantemente da atual compreensão da Constituição. No Estado Constitucional a Lei Fundamental reveste-se de força normativa e hierarquia suprema, de modo que todas as suas disposições são vinculantes e imperativas a todos os segmentos do Estado e da sociedade. E os direitos fundamentais, conquanto previstos no texto constitucional, fundamentam-se para além do plano normativo, sendo compreendidos como valores inerentes à pessoa humana, juridicizados pela ordem constitucional. A sua realização impõe-se a todos os poderes do Estado, inclusive ao Poder Judiciário, sobremaneira pelo fato de serem definidos pela fonte do direito de maior hierarquia⁴⁷⁹, e, no caso brasileiro, pela força do princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais⁴⁸⁰.

Disso decorre a coincidência entre a interpretação que o STF atribuiu ao mandado de injunção e a concepção de jurisdição adotada pelo Estado Legislativo. Considerando a ausência de norma regulamentadora do exercício de direitos constitucionais e a falta de previsão legislativa para o suprimento da omissão estatal, entendeu o Excelso Pretório pela impossibilidade de a jurisdição tutelar efetivamente os direitos fundamentais. As disposições constitucionais definidoras de direitos

⁴⁷⁹ Especialmente no Estado brasileiro pós-1988, que, nas palavras de Flávia Piovesan: “Diferenciando-se de um Estado Liberal, em que se cultua um Estado mínimo não intervencionista, o Estado Social esculpido pelo texto de 1988 está a exigir a atuação do Poder Público, de forma que assegure a concretização de direitos e garantias fundamentais”. PIOVESAN, Flávia. Constituição e transformação social: a eficácia das normas constitucionais programáticas e a concretização dos direitos e garantias fundamentais. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n. 37, 1992. p. 66.

⁴⁸⁰ Art. 5º, §1º da CF, estudado na Parte I, Capítulo I, Tópico 1.2., Sub-tópico 1.2.2. desta monografia.

fundamentais estariam voltadas apenas ao Legislativo e ao Executivo, impedindo a jurisdição de interpretá-las e concretizá-las quando da ausência de regulamentação.

Viu-se, no entanto, que essa noção de jurisdição nasceu em um momento no qual o princípio da separação dos poderes era visto sob uma ótica dogmática, distorcida, refratária a qualquer postura ativa do juiz frente à aplicação do direito. No Estado Legislativo o juiz não passava da “boca da lei”, cabendo-lhe tão-somente enunciar a “vontade da lei”, de modo que na falta de técnica processual prevista pela legislação era-lhe proibido utilizar qualquer outro meio para tutelar o direito.

No paradigma contemporâneo, a função jurisdicional assume outras feições, competindo aos magistrados dar concretude às normas constitucionais, vinculativas de todas as funções estatais, servindo como contrapeso para balancear a omissão de outros poderes que lesionem os direitos fundamentais. Ao Judiciário cabe dotar os valores constitucionais de significação, aplicando-os aos casos concretos, independentemente da existência de legislação específica. Se à jurisdição constitucional passa-se a atribuir inclusive o poder-dever de invalidar as leis e atos administrativos que contrariarem os princípios e regras constitucionais (controle jurisdicional de constitucionalidade por ação), motivo não há para lhe afastar a incumbência de suprir a omissão de tutela devida pelo legislador ou pela Administração Pública (efetivo controle de constitucionalidade por omissão).

Em relação aos contornos dados pela Corte ao mandado de injunção – instrumento que, antes de tudo, constitui uma ação constitucional – é possível identificarmos em tal interpretação a idéia de ação concebida no Estado Legislativo. O mandado de injunção foi pensado como uma ação abstrata, desvinculada das necessidades do direito material, a qual deveria ser regida por um procedimento único, sem se ater às peculiaridades da situação jurídico-substancial que reclama a sua utilização. Todavia, a ação, percebida como um direito fundamental, compreende um direito à fixação das técnicas processuais adequadas à efetiva tutela do direito material, vinculando tanto o legislador, quanto o juiz⁴⁸¹. A ambos incumbe o dever de instituir as ferramentas idôneas à proteção do direito material; diante da omissão de técnicas

⁴⁸¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006. p. 207.

processuais no plano legislativo, compete ao juiz supri-la para viabilizar a proteção efetiva do direito⁴⁸².

Destarte, para se pensar na estruturação do procedimento de determinada ação, é necessário, anteriormente, pensar nas formas de tutela prometidas pelo direito material, de maneira que haja uma relação de adequação entre as tutelas dos direitos e técnicas processuais indispensáveis a propiciá-las⁴⁸³. A ação, abstratamente assegurada pela Constituição, deve ser concretizada no instante em que se voltar à tutela de uma situação concreta, conformando-se às exigências do direito material, mediante toda e qualquer técnica processual necessária para tanto⁴⁸⁴.

Como qualquer outra ação, o mandado de injunção não pode limitar-se a um ato de provocação da jurisdição⁴⁸⁵. Através dele deve-se dar ao cidadão a possibilidade de obter a efetiva tutela jurisdicional do direito fundamental cujo exercício encontra-se obstruído pela falta de norma regulamentadora. Além disso, nunca é demais lembrar que um único tipo de procedimento não se faz suficiente para toda e qualquer situação de direito material. A efetividade da ação depende, igualmente, da capacidade do procedimento em atender às especificidades do direito material⁴⁸⁶.

Feitas essas considerações, cumpre realizar uma reflexão acerca da concretização jurisdicional de direitos fundamentais no direito brasileiro a partir desses novos pressupostos, adotados pelo paradigma contemporâneo do Estado Constitucional.

2.2. Novos fundamentos para a identificação da técnica processual adequada à tutela dos direitos fundamentais não-regulamentados

À luz dos novos cânones do Estado Constitucional, infere-se que o direito material e a sua efetividade através do processo assumem uma nova configuração. O

⁴⁸² MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. Cit.*, p. 212.

⁴⁸³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Idem*, p. 246.

⁴⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Idem*, p. 259.

⁴⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. São Paulo: RT, 2006. p. 180.

⁴⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. Cit.*, p. 219. “O princípio da tipicidade das formas processuais, ou a existência de um procedimento único, elimina qualquer possibilidade de vinculação da ação com o direito material e com o procedimento e as técnicas processuais, proibindo que se fale em ‘efetividade da ação’”. *Idem*, p. 240.

problema da inviabilidade do exercício de direitos fundamentais decorrente da falta de norma regulamentadora, apresentado no início desse trabalho, deve ser enfrentado com fulcro nesses novos alicerces.

Hodiernamente, em especial no que toca ao cenário brasileiro, as situações de direito material devem ser pensadas à luz do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva⁴⁸⁷. O art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal pátria, dispõe que “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”. Este princípio, conhecido como *princípio da inafastabilidade da jurisdição*, é o corolário do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva⁴⁸⁸, por se entender que esta norma garante a todos os cidadãos o direito a uma prestação jurisdicional efetiva⁴⁸⁹. Sob essa perspectiva, pode-se considerar o direito à prestação jurisdicional efetiva como um direito fundamental material⁴⁹⁰, já que, embora não explícito na norma, ele deriva diretamente do aludido princípio. Isso porque, o direito à efetividade da tutela jurisdicional decorre da própria existência dos direitos, cuja proteção e aplicabilidade dependem inteiramente de uma prestação jurisdicional adequada, que se impõe ao Estado como uma contrapartida da proibição da autotutela^{491 492}.

O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva consiste em um direito fundamental processual, devendo ser obrigatoriamente levado em conta pela jurisdição, de sorte que o cumprimento da sua atividade proteja de maneira efetiva os direitos, sejam fundamentais ou não. Além disso, esse direito estabelece ao legislador o dever de criar técnicas processuais e procedimentos que possibilitem a concretização das tutelas previstas pelo direito material. Da mesma forma, tal direito institui ao juiz a

⁴⁸⁷ Ver, sobre o tema, MARINONI, Luiz Guilherme. A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. In: CRUZ, Luana (org.). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 229-236.

⁴⁸⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo do Conhecimento**. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 65.

⁴⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: RT, 2004. p. 179.

⁴⁹⁰ Com base na cláusula de abertura do art. 5º, §2º da CF, tratado na Parte I, Capítulo I, Tópico 1.1., Sub-tópico 1.1.3. deste trabalho.

⁴⁹¹ CUNHA, Alcides Munhoz da. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 11. Do Processo Cautelar: arts. 796 a 812. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 68.

⁴⁹² “Não é por outro motivo que o direito à prestação jurisdicional efetiva já foi proclamado como o mais importante dos direitos, exatamente por constituir o direito a fazer valer os próprios direitos”. MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: RT, 2004. p. 184-185.

obrigação de, com base na regra processual, chegar à técnica adequada a proteger as necessidades de direito material.

De tais premissas, pode-se extrair a conclusão de que o direito fundamental à tutela jurisdicional fixa ao Estado-Legislador, mediante a previsão legal, e ao Estado-Juiz, por meio da atuação no caso concreto, a obrigação de prever, conforme as peculiaridades da situação de direito material: (i) técnicas processuais e procedimentos adequados (tais como a técnica antecipatória nos casos de ameaça a direito⁴⁹³ e o procedimento simplificado dos Juizados Especiais Cíveis); (ii) provimentos adequados à efetiva prestação da tutela (como o provimento mandamental e executivo, não contemplados pela classificação trínaria das sentenças⁴⁹⁴); e (iii) meios executivos adequados⁴⁹⁵ (como a imposição de multa diária para o réu cumprir a sua obrigação e quaisquer outros meios necessários para tanto⁴⁹⁶).

Como já restou consignado, no Estado Constitucional, ainda que o legislador tenha se omitido em prever no âmbito legislativo qualquer dessas técnicas, instrumentos ou procedimentos, o juiz deverá utilizá-los quando forem necessários à prestação de uma proteção adequada, sempre à luz dos mandamentos constitucionais e dos princípios e regras de direito processual civil, em homenagem ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Aliás, o simples fato de tal direito ser dotado de fundamentalidade já seria suficiente – com base no princípio da aplicabilidade

⁴⁹³ A propósito do tema, ver MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

⁴⁹⁴ Sobre a superação da classificação trínaria das sentenças, e a proposta contemporânea de classificação das sentenças de procedência, cf. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo do Conhecimento**. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 414-431

⁴⁹⁵ A respeito dos meios executivos, ver MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Execução**. São Paulo: RT, 2007.

⁴⁹⁶ Especialmente com base nos arts. 461, 461-A do Código de Processo Civil e 84 do Código de Defesa do Consumidor, que assim dispõem, respectivamente:

“Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.”

“Art. 461-A. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação.”

“Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.”

imediate dos direitos fundamentais (art. 5º, §1º, da CF) – para autorizar o juiz a concretizá-lo pela via interpretativa quando da omissão ou insuficiência de lei⁴⁹⁷.

Se, como os demais direitos fundamentais, o direito à efetividade da prestação jurisdicional incide diretamente sobre o juiz, dele deriva a obrigação de o juiz conformar o procedimento, adequando-o às necessidades do caso concreto. É evidente que não se quer com isso dizer que o juiz deve conceber o processo civil segundo os seus próprios critérios. O que se está aqui a afirmar é que o processo civil constitui também uma forma de proteção dos direitos fundamentais, o que gera o dever de o juiz construir o procedimento com fundamento na legislação processual e, acima de tudo, na Constituição Federal⁴⁹⁸, mesmo que, para tanto, seja necessária certa dose de criatividade.

No caso específico que ora se analisa – a concretização jurisdicional de direitos fundamentais cujo exercício encontra-se inviabilizado pela falta de norma regulamentadora – partindo-se do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, poder-se-ia, num primeiro momento, concordar com Luís Roberto Barroso quando o autor afirma a desnecessidade do mandado de injunção nos dias atuais⁴⁹⁹. Ora, se ao juiz incumbe o dever de prestar através da jurisdição a proteção devida às situações de direito material que exigem a sua tutela, utilizando todas as técnicas processuais adequadas para tanto, seria desnecessária a previsão constitucional autorizando-o expressamente a fazê-lo mediante a concessão de mandado de injunção.

Significa dizer: por mais que a Lei Maior não previsse um instrumento específico, a saber, a garantia constitucional do mandado de injunção, o juiz já estaria obrigado a suprir as lacunas dos Poderes omissos quando se tratasse da necessidade de meios aptos a efetivar direitos fundamentais. Esse dever decorreria diretamente do direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional. Por isso, de fato, é possível afirmar que o mandado de injunção seria um instituto desnecessário.

⁴⁹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004. p. 221.

⁴⁹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. Cit.*, p. 225.

⁴⁹⁹ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade das suas normas*. 8 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 266.

Nada obstante, insta salientar que a atribuição de conferir instrumentos idôneos à tutela dos direitos se impõe também ao legislador (ordinário e constituinte), o que faz exsurgir a necessidade da criação de um procedimento adequado à satisfação, por exemplo, dos direitos fundamentais não-regulamentados, justificando e reforçando a existência da garantia constitucional sob exame.

A atual compreensão da jurisdição e do processo civil, sob o prisma da efetividade dos direitos fundamentais e do Estado Constitucional, infelizmente não teve o condão de se consolidar sobre todo o Poder Judiciário brasileiro, havendo ainda fortes traços ligados à tradição positivista e formalista do Estado Legislativo. A previsão de meios hábeis a promover a tutela de direitos em situações especiais de direito material, seja pela legislação processual ordinária, seja pelos comandos constitucionais, é ainda imprescindível como forma de realizar a função de proteção dos direitos fundamentais⁵⁰⁰, primeiramente pelo legislador e por via reflexa pelo juiz. O mandado de injunção deverá ser então o meio processual através do qual o titular de um direito constitucional não regulamentado provocará o Judiciário para, de alguma forma, assegurar o seu exercício.

Conquanto o instituto esteja previsto constitucionalmente (art. 5º, LXXI, CF), é de se observar que o legislador ordinário não imprimiu ao mandado de injunção uma regulamentação determinada, deixando, portanto, de especificar os seus contornos. Talvez tenha sido exatamente essa falta de regulamentação por parte do legislador que repercutiu na inefetividade do instituto durante muitos anos⁵⁰¹, já que, com receio de interpretar à margem da lei, o Judiciário brasileiro pensou inicialmente a referida garantia como um instrumento de notificação dos poderes estatais omissos.

Porém, conforme já mencionado, a ausência ou insuficiência da regra processual pode constituir óbice à efetiva tutela do direito material⁵⁰², razão pela qual as propostas oferecidas nas próximas páginas constituem sugestões de interpretação e

⁵⁰⁰ Analisada na Parte I, Capítulo I, Tópico 1.1., Sub-tópico 1.1.2, desta monografia.

⁵⁰¹ O que representa uma grande ironia, já que o instituto foi previsto para garantir a efetividade de direitos fundamentais quando seu exercício dependesse de norma regulamentadora, e ele mesmo, como garantia constitucional que é (eis que definido no art. 5º da CF), acabou perdendo a efetividade justamente por faltar norma infraconstitucional que definisse os seus contornos e estabelecesse, fulminando qualquer dúvida, a sua finalidade de concretizar efetivamente os direitos constitucionais.

⁵⁰² MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. São Paulo: RT, 2006. p. 62.

aplicação do mandado de injunção, seja para o juiz, seja para o legislador quando for tratar especificamente do instituto, não se configurando, jamais, como padrões obrigatórios. Partir-se-á, doravante, com fundamento nas *quatro paredes sólidas* erigidas pelo Estado Constitucional, para a construção de uma nova configuração jurídica para o mandado de injunção, colocando *tijolo com tijolo num desenho mágico*⁵⁰³.

⁵⁰³ Trecho da música “Construção”. HOLANDA, Chico Buarque de. **Construção**. Canção interpretada pelo compositor. Álbum: Construção. Direção de Produção e Estúdio: Roberto Menescal. Direção de Musical: Magro. Estúdio Phonogram, 1971.

PARTE III – UMA NOVA CONSTRUÇÃO DO MANDADO DE INJUNÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO: *TIJOLO COM TIJOLO NUM DESENHO MÁGICO*

Conforme observado na segunda parte deste trabalho, a transição paradigmática do Estado Legislativo ao Estado Constitucional *ergueu no patamar quatro paredes sólidas*⁵⁰⁴, com base nas quais se pode construir um novo mandado de injunção no direito brasileiro. São elas: o direito compreendido a partir de uma dimensão ética e axiológica, com ênfase nos valores da justiça e da dignidade humana; a Constituição como norma jurídica dotada de força imperativa e supremacia sobre as demais fontes do direito; a jurisdição, concebida como meio de efetivação dos direitos fundamentais; a ação e o processo, entendidos, respectivamente, como o instrumento de realização do direito material e o conjunto de técnicas processuais adequadas às necessidades de tutela do direito substancial.

Identificados os alicerces essenciais sobre os quais se sustenta o paradigma jurídico contemporâneo, parte-se para uma nova construção do *barco* (mandado de injunção), que auxiliará na singra em direção à *ilha desconhecida* (realização prática dos direitos fundamentais)⁵⁰⁵. Para realizar a construção dessa embarcação será útil, anteriormente, recolher algumas das tábuas colocadas à disposição pelo Supremo Tribunal Federal, graças às suas revisões, com o passar dos anos, da interpretação inicialmente conferida pela Corte ao instituto. Em um segundo momento, será promovida uma releitura dos aspectos fundamentais do mandado de injunção sob a ótica do atual paradigma jurídico, sempre com o intuito de contribuir de forma singela à compreensão do instrumento e sem a pretensão de exaurir o assunto.

⁵⁰⁴ Trecho da música “Construção”. HOLANDA, Chico Buarque de. **Construção**. Canção interpretada pelo compositor. Álbum: Construção. Direção de Produção e Estúdio: Roberto Menescal. Direção de Musical: Magro. Estúdio Phonogram, 1971.

⁵⁰⁵ Utilizando, mais uma vez, a já citada e instigante contribuição da interconexão entre os direitos humanos e fundamentais e *O Conto da Ilha Desconhecida*, desenvolvida por FACHIN, Melina Girardi. **Direitos humanos e fundamentais: do discurso teórico à prática efetiva – um olhar por meio da literatura**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2007.

CAPÍTULO I – A mudança de entendimento do STF sobre o mandado de injunção: *atravessou a rua com seu passo tímido*

Após a formação do *leading case* da matéria, ocorrida com o julgamento do MI nº 107-3-DF, o Supremo Tribunal Federal, ao debruçar-se sobre outros mandados de injunção, tomou posições distintas em relação às finalidades do instituto, imprimindo-lhe conformação mais ampla⁵⁰⁶. De toda sorte, as mudanças de entendimento não seguiram uma coerência lógica, parecendo ter ocorrido de modo casuístico e assistemático.

O Mandado de Injunção nº 283-5-DF foi impetrado com fundamento na falta de norma regulamentadora da disposição prevista no art. 8º, § 3.º, do ADCT⁵⁰⁷, a qual se refere ao direito à reparação econômica dos que foram impedidos de exercer atividade profissional específica, na vida civil, em função de atos praticados pelo regime militar, em especial pelo Ministério da Aeronáutica. Ao julgar o MI nº 283-5-DF, o STF deu provimento à ação, para: (a) conceder prazo de sessenta dias para a conclusão da elaboração da norma faltante; (b) ultrapassado o prazo, reconhecer ao impetrante o direito de obter, em face da União, pela via processual adequada, a reparação constitucionalmente assegurada; e (c) declarar que, proferida a decisão, a superveniência de lei não prejudica a coisa julgada, que, no entanto, não impede o impetrante de obter os benefícios de lei posterior, no que lhe for mais favorável⁵⁰⁸.

Observe-se em primeiro lugar que, em vez de satisfazer o direito postulado, a Corte⁵⁰⁹ preferiu assinalar um prazo de quarenta e cinco dias para o Congresso

⁵⁰⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. 2. ed. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1209.

⁵⁰⁷ Art. 8º, §3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias: “Aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica nº S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, e nº S-285-GM5 será concedida reparação de natureza econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição”.

⁵⁰⁸ “Mandado de injunção: mora legislativa na edição da lei necessária ao gozo do direito a reparação econômica contra a União, outorgado pelo art. 8., par. 3., ADCT: deferimento parcial, com estabelecimento de prazo para a purgação da mora e, caso subsista a lacuna, facultando o titular do direito obstado a obter, em juízo, contra a União, sentença liquida de indenização por perdas e danos” (STF, MI nº 283-5-DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 14.11.1991).

⁵⁰⁹ Cabe consignar o voto divergente do Ministro Marco Aurélio no referido julgado: “Divirjo do nobre relator, pois devemos partir para o lançamento, de imediato, de um provimento judicial que revele os parâmetros da

Nacional criar a lei, somado a quinze dias para o Executivo sancioná-la. Em contrapartida, avançou no sentido de autorizar ao impetrante a obtenção da reparação econômica através da via processual ordinária. Todavia, a decisão não constituiu efetivo progresso, pois além de não viabilizar de pronto o direito reclamado⁵¹⁰, ainda submeteu o impetrante à propositura de outra ação, que, ao final, teria a mesma finalidade^{511 512}.

Após o escoamento do prazo fixado pelo STF para que o Congresso Nacional elaborasse a norma faltante, foi proposto o MI nº 284-3-DF, em que se postulava a satisfação do mesmo direito, definido no art. 8º, §3º do ADCT. Uma vez que o Congresso já havia sido notificado de sua mora e o prazo estabelecido para saná-la já havia transcorrido, o Tribunal entendeu desnecessária nova comunicação, *“assegurando-se aos impetrantes, desde logo, a possibilidade de ajuizarem, imediatamente, nos termos do direito comum ou ordinário, a ação de reparação de natureza econômica instituída em seu favor pelo preceito transitório”*⁵¹³.

Seguindo o mesmo entendimento, no Mandado de Injunção nº 232-1-RJ, proposto com fulcro na ausência de norma regulamentadora do direito definido no art. 195, §7º da CF⁵¹⁴ – que estabelece uma isenção tributária às entidades beneficentes de assistência social – o STF concedeu a injunção, fixando o prazo de seis meses para o Congresso Nacional adotar as providências necessárias para *“o cumprimento da obrigação de legislar decorrente do art. 195, § 7.º, da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar a impetrante a gozar da imunidade requerida”*⁵¹⁵.

reparação de que cogita o texto constitucional” STF, MI nº 283-5-DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 14.11.1991.

⁵¹⁰ “Percebe-se que, embora esta decisão acene a um avanço se comparada com a orientação anterior do Supremo Tribunal Federal, o impetrante não obteve no âmbito do Supremo a efetiva concretização de seu direito”. PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. 2. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 155.

⁵¹¹ Isso sem falar na abdicação da competência, que no caso apresentado era constitucionalmente conferida ao STF, e não aos órgãos jurisdicionais de instâncias inferiores.

⁵¹² A crítica no mesmo sentido é feita por SOUZA, Luciane Moessa de. **Normas constitucionais não-regulamentadas: instrumentos processuais**. São Paulo: RT, 2004. p. 122.

⁵¹³ STF, MI nº 284-3-DF, Rel. para o acórdão Min. Celso de Mello, DJU 26.06.1992.

⁵¹⁴ “São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei”.

⁵¹⁵ STF, MI nº 232-1-RJ, Rel. Min. Moreira Alves, DJU 27.03.1992.

Em tais hipóteses, pode-se dizer que a Suprema Corte *atravessou a rua com seu passo tímido*⁵¹⁶, já que adotou posição um pouco mais arrojada somente nos casos mencionados, que não exigiam processos mais complexos de densificação do direito constitucionalmente garantido, além de ter se restringido meramente a afastar o obstáculo impeditivo do exercício do direito (reserva de lei), sem promover efetivamente uma concretização dos direitos postulados⁵¹⁷.

Veja-se que o Supremo variou o seu entendimento quanto à finalidade e efeitos jurídicos do instituto conforme o direito pleiteado⁵¹⁸. No julgamento do MI nº 369-6-DF – realizado, frise-se, posteriormente aos precedentes acima enunciados – em que se tratava da falta de regulamentação do direito ao aviso prévio proporcional por tempo de serviço⁵¹⁹, o Tribunal, por maioria, rejeitou o voto do Relator Ministro Néri da Silveira, que seguia exatamente a mesma linha dos arestos antes referidos, para adotar o entendimento consolidado no MI nº 107-3-DF, limitando-se a reconhecer a mora do Congresso Nacional.

Por outro lado, no ano de 2007, com o julgamento do MI nº 721-7-DF, Relator Min. Marco Aurélio, em que a impetrante postulava a supressão da lacuna existente no art. 40, §4º, da CF⁵²⁰, dispositivo que garantia à servidora pública o direito a aposentadoria especial em virtude do trabalho por mais de vinte e cinco anos em atividade considerada insalubre, o Tribunal mudou de forma ousada o seu entendimento. Uma vez que a lei complementar que deveria estabelecer os termos e as condições especiais de aposentadoria que seriam gozadas por servidores públicos

⁵¹⁶ Trecho da música “Construção”. HOLANDA, Chico Buarque de. **Construção**. Canção interpretada pelo compositor. Álbum: Construção. Direção de Produção e Estúdio: Roberto Menescal. Direção de Musical: Magro. Estúdio Phonogram, 1971.

⁵¹⁷ É nesse sentido a observação de Luís Roberto Barroso, mencionando a decisão proferida no MI nº 232-1-RJ: “Note-se, no entanto, que na hipótese aqui versada, o Tribunal não precisará suprir qualquer lacuna normativa. Limitar-se-á a considerar auto-aplicável norma que conferia um direito, mas condicionava-o ao preenchimento de requisitos que a lei ditaria. Não há, pois, maior dificuldade, nem se exige do Judiciário uma atuação de integração da ordem jurídica”. BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade das suas normas**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 261.

⁵¹⁸ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Mandado de injunção**. São Paulo: Atlas, 1999. p. 90.

⁵¹⁹ Art. 7º, XXI da CF: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei”.

⁵²⁰ Art. 40, § 4º da CF: “É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores: I – portadores de deficiência; II – que exerçam atividades de risco; III – cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física”.

que trabalhassem em atividades prejudiciais à saúde não fora editada, a Corte entendeu por bem aplicar ao caso a disciplina da aposentadoria especial dos trabalhadores em geral, definida no art. 57, §1º da Lei nº 8.213/91⁵²¹.⁵²² O Supremo Tribunal supriu efetivamente a lacuna, limitando os efeitos da decisão ao caso concreto.

Finalmente, com as decisões proferidas nos Mandados de Injunção nºs 670-ES, 708-DF e 712-PA, o STF avançou definitivamente na interpretação do instituto, ocasionando uma “*viragem na jurisprudência*”⁵²³. No julgamento dos referidos *writs*, relatados pelos Ministros Gilmar Ferreira Mendes e Eros Roberto Grau, em que os impetrantes pleiteavam a regulamentação do exercício do direito de greve dos servidores públicos civis (art. 37, VII, CF⁵²⁴), o Supremo Tribunal Federal, afastando-se do posicionamento conservador originariamente adotado pela Corte, criou a norma regulamentadora, aplicando ao caso a Lei nº 7.783/89 (que dispõe sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada), combinada com determinadas ressalvas pertinentes ao princípio da continuidade da prestação dos serviços públicos, viabilizando assim o exercício do direito fundamental de greve.

Vale notar que a decisão não descurou da colisão que a mera aplicação acrítica da lei de greve da iniciativa privada no setor público provocaria com outros princípios e direitos fundamentais igualmente plasmados no corpo constitucional, tal como o princípio da continuidade do serviço público e o direito fundamental ao serviço público adequado⁵²⁵. Nos casos de frustração da negociação entre grevistas e a entidade patronal, limitou a paralisação coletiva do trabalho a uma cessação parcial; aumentou o prazo de antecedência mínima para a notificação da

⁵²¹ Art. 57, §1º da Lei nº 8.213/91: “§ 1º A aposentadoria especial, observado o disposto no art. 33 desta Lei, consistirá numa renda mensal equivalente a 100% (cem por cento) do salário-de-benefício”.

⁵²² STF, MI nº 712-7-DF, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU 30.11.2007.

⁵²³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. Cit.*, p. 1213.

⁵²⁴ “Art. 37. (...) VII – o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica”.

⁵²⁵ Acerca do direito fundamental ao serviço público adequado, reconhecido pela doutrina contemporânea com base no art. 175, § único, IV da CF (“A lei disporá sobre: (...) a obrigação de manter serviço público adequado”), ver BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O poder normativo dos entes reguladores e a participação dos cidadãos nesta atividade. Serviços públicos e direitos fundamentais: os desafios da regulação na experiência brasileira. *Interesse Público*, v. 16, 2002. p. 13-16. e DALLARI, Adílson de Abreu. Direito ao uso dos serviços públicos. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 13, 1996, p. 215.

paralisação; permitiu a contratação de trabalhadores substitutos, vedada pela Lei nº 7.783/89 na greve da iniciativa privada; entre outras adaptações necessárias à conformação com a realidade e as necessidades do serviço público.

Ressalte-se que à decisão foram conferidos efeitos *erga omnes*, restando vencidos os Senhores Ministros que votaram pela restrição dos efeitos à categoria representada pelo sindicato impetrante⁵²⁶. Pela importância do julgado, dada a transformação por ele engendrada na interpretação da Corte quanto ao instituto, vale transcrever um significativo trecho do voto do Relator Ministro Eros Grau no MI nº 712-8-PA:

O Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado da Pará impetra mandado de injunção, com o objetivo de dar efetividade à norma inscrita no artigo 37, inciso VII, da Constituição do Brasil. 2. (...). No tocante ao mérito, aduz que a mora do Congresso Nacional em regulamentar o preceito constitucional relativo ao direito de greve no serviço público impede o seu exercício pela categoria. (...) 5. Requer seja concedida autorização aos filiados do Sindicato Impetrante para que se utilizem da Lei Federal 7.783/89, que rege o direito de greve na iniciativa privada, até o advento da norma regulamentadora. 6. Solicita ainda seja julgada procedente a ação e, declarada a omissão do Poder Legislativo, seja determinada a supressão da lacuna legislativa, mediante a regulamentação do direito de greve no serviço público. Pede, ao final, seja reconhecido o direito de greve. (...) 26. Salvo a hipótese de --- como observei anteriormente, lembrando FERNANDO PESSOA --- transformarmos a Constituição em papel "pintado com tinta" e aplicá-la em "uma coisa em que está indistinta a distinção entre nada e coisa nenhuma", constitui dever-poder deste Tribunal a formação supletiva, no caso, da norma regulamentadora faltante. 27. O argumento de que a Corte estaria então a legislar --- o que se afiguraria inconcebível, por ferir a independência e harmonia entre os poderes [art. 2º da Constituição do Brasil] e a separação dos poderes [art. 60, § 4º, III] --- é insubsistente. (...) 41. Ademais, não há que falar em agressão à "separação dos poderes", mesmo porque é a Constituição que institui o mandado de injunção e não existe uma assim chamada "separação dos poderes" provinda do direito natural. Ela existe, na Constituição do Brasil, tal como nela definida. Nada mais. No Brasil vale, em matéria de independência e harmonia entre os poderes e de "separação dos poderes", o que está escrito na Constituição, não esta ou aquela doutrina em geral mal digerida por quem não leu Montesquieu no original. (...) 45. Não se aplica ao direito de greve dos servidores públicos, repito-o, exclusivamente, e em sua plena redação, a Lei n. 7.783/89, devendo o Supremo Tribunal Federal dar os parâmetros do seu exercício. Esses parâmetros hão de ser definidos por esta Corte de modo abstrato e geral, para regular todos os casos análogos, visto que norma jurídica é o preceito, abstrato, genérico e inovador --- tendente a regular o comportamento social de sujeitos associados --- que se integra no ordenamento jurídico e não se dá norma para um só. 46. No mandado de injunção o Poder Judiciário não define norma de decisão, mas enuncia a norma regulamentadora que faltava para, no caso, tornar viável o exercício do direito de greve dos servidores públicos. E nada obsta a que, no que tange às hipóteses de outras impetrações, no futuro, que versem situações análogas, a elas seja estendida, por despacho monocrático do relator, essa mesma regulação, nos termos do disposto no artigo 21 do Regimento Interno desta Corte. (...) 53. Isto posto, a norma, na amplitude que a ela deve ser conferida no âmbito do presente mandado de injunção, compreende conjunto integrado pelos artigos 1º ao 9º, 14, 15 e 17 da Lei n. 7.783/89, com as alterações necessárias ao atendimento das peculiaridades da greve nos serviços públicos, que introduzo no art. 3º e seu parágrafo único, no art. 4º, no parágrafo único do art. 7º, no art. 9º e seu parágrafo único e no art. 14. Este, pois, é o conjunto normativo reclamado, no quanto diverso do texto dos preceitos mencionados da Lei n. 7.783/89: (...) 54. Em face de tudo, conheço do presente mandado de injunção, para, reconhecendo a falta de norma regulamentadora do direito de greve no serviço público, remover o

⁵²⁶ Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio.

obstáculo criado por essa omissão e, supletivamente, tornar viável o exercício do direito consagrado no artigo 37, VII da Constituição do Brasil, nos termos do conjunto normativo enunciado neste voto⁵²⁷.

O Ministro Eros Grau, no desenrolar do seu voto, explicita algumas de suas lições publicadas em sede doutrinária, as quais servem como balizas para sustentar o novo posicionamento adotado pela Corte Suprema.

Segundo o Ministro, é imperioso distinguir as idéias de *poder* e *função*: o poder estatal compreende várias funções, as quais, em razão da influência da doutrina francesa da separação dos poderes, são classificadas de acordo com o critério orgânico ou subjetivo – ou seja, a partir dos órgãos que constituem os centros ativos de cada uma dessas funções – por meio do qual se dividem em função *legislativa*, *executiva* e *jurisdicional*, correspondendo, respectivamente, aos órgãos do Poder Legislativo, Executivo e Judiciário. Porém, pelo critério material, a partir do qual se analisa a finalidade de cada função e não órgão que a realiza primordialmente, elas se classificam da seguinte forma: (i) função *normativa*: de produção das normas jurídicas; (ii) função *administrativa*: de execução das normas jurídicas; e (iii) função *jurisdicional*: de aplicação das normas jurídicas⁵²⁸.

As funções estatais vistas sob o critério material deverão ser exercidas pelos órgãos do Poder Público, não correspondendo cada uma delas a apenas um dos Poderes, como se pretendia na concepção de separação dos poderes recepcionada pelos revolucionários burgueses. A função *legislativa*, é dizer, a função do Poder Legislativo, consubstancia somente uma parcela da função *normativa*, que pode ser exercida por outros Poderes do Estado⁵²⁹. Nos dizeres do eminente Ministro: “a função normativa, assim designada e tendo seu conteúdo definido a partir de uma classificação material das funções estatais, está originariamente espraiada pelo todo que constitui o Estado”. Desta sorte, quando o Poder Executivo expede um regulamento, estará exercendo função *normativa*. E o mesmo ocorre com o Poder Judiciário, no provimento do mandado de injunção.

⁵²⁷ STF, MI nº 712-8-PA, Rel. Min. Eros Grau, DJU 23.11.2007.

⁵²⁸ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 236-238.

⁵²⁹ Consoante o autor, a função *normativa* engloba, além da função *legislativa*, as funções *regimental* e *regulamentar*.

Ao produzir a regulamentação normativa do exercício do direito constitucional que reclama concretização, o Judiciário estaria exercendo a sua função *normativa*, que não se limita à função *regimental*. Não haveria afronta à separação dos poderes, já que esta não provém do direito natural, mas sim da ordem constitucional. E o ordenamento constitucional pátrio autorizou expressamente o exercício da função *normativa* pelo Poder Judiciário, no julgamento do mandado de injunção⁵³⁰, quando a falta de norma regulamentadora inviabilizar o exercício de direitos constitucionais⁵³¹.

Dessa forma, com as decisões prolatadas nos Mandados de Injunção n°s 670-ES, 708-DF e 712-PA o Supremo Tribunal Federal aproxima-se da concepção contemporânea de jurisdição, revendo o seu antigo posicionamento conservador, tributário de uma específica interpretação da doutrina da separação dos poderes, e aceitando a conformação das funções estatais a partir de um sistema de balanceamento entre os poderes, que ao exercerem (ou deixarem de exercer) as suas funções sofrerão os freios e os contrapesos necessários à manutenção do equilíbrio entre eles e à vedação do abuso do poder.

Os avanços promovidos pela jurisprudência do STF possibilitam, com base nos vinte anos de experiência da Corte e de contribuições doutrinárias, pensar em uma nova configuração jurídica para o mandado de injunção, conformada às concepções contemporâneas de direito, Constituição, jurisdição, ação e processo.

⁵³⁰ São as lições de Flávia Piovesan: “Ora, no tocante ao mandado de injunção, é a própria Carta constitucional que exige do Judiciário maior intensificação da criatividade na função jurisdicional, no sentido de tornar viável direitos constitucionais básicos”. PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. 2. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 163.

⁵³¹ Para analisar a argumentação de forma aprofundada, sugere-se a leitura do voto do Ministro Eros Grau no referido julgado (STF, MI n° 712-8-PA, Rel. Min. Eros Grau, DJU 23.11.2007), bem como do capítulo intitulado “Crítica da ‘separação dos poderes’: as funções estatais, os regulamentos e a legalidade no direito brasileiro, as ‘leis-medida’” da sua obra: GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 225-255.

CAPÍTULO II – A construção de uma nova configuração jurídica ao mandado de injunção: *tijolo com tijolo num desenho lógico*

Os baldrames consolidados pelo Estado Constitucional são suficientes para dar suporte a uma outra construção possível do mandado de injunção no direito brasileiro, colocando-se tijolo com tijolo num desenho que, de um lado, não deixa de ser mágico, haja vista a revolução copernicana promovida no âmbito dos direitos fundamentais, que de um frágil e restrito reconhecimento pela ordem jurídica adquirem uma poderosa e efetiva salvaguarda pela via jurisdicional. De outro, não há como não se admitir que, nos dias atuais, esse mesmo desenho é pouco mais do que lógico, eis que parte de bases sólidas de sustentação – as já mencionadas transformações na concepção de direito, Constituição, jurisdição, ação e processo – para expressar o óbvio: os direitos fundamentais, por serem feixes de posições jurídicas que consubstanciam os valores de maior essencialidade em determinada sociedade, emanados da fonte jurídica de maior hierarquia, devem obrigatoriamente ser tutelados pela jurisdição, mediante um procedimento adequado às suas necessidades materiais.

Sedimentados os alicerces necessários para fundamentar essa outra construção do mandado de injunção, cumpre agora organizar esses tijolos, de modo que o resultado final desse desenho corrobore com os pressupostos que lhe dão ensejo. Para se pensar em uma configuração jurídica ao mandado de injunção que seja mais adequada aos valores jurídicos contemporâneos impende resgatar as peculiaridades da situação de direito material expostas na primeira parte deste trabalho – a multifuncionalidade dos direitos fundamentais, suas dimensões subjetiva e objetiva, sua aplicabilidade imediata, a necessidade de mediações concretizadoras para sua aplicação – e vislumbrá-las com as lentes do Estado Constitucional.

Nesta última e importante etapa da construção, deve-se ter sempre em mente a advertência metodológica registrada no início deste trabalho: entre o processo e o direito material existe uma indissociável relação de integração, que deve ser obrigatoriamente levada em conta no momento de conformação dos institutos

processuais, de modo que as técnicas processuais e os procedimentos sejam, invariavelmente, pensados a partir das exigências do direito material.

2.1. Aplicabilidade, pressupostos de cabimento e âmbito de proteção

Conforme visto anteriormente, a Constituição de República em seu art. 5º, LXXI, estabeleceu que: “*conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania*”. As primeiras questões a serem enfrentadas no que toca à interpretação do dispositivo são as seguintes: o mandado de injunção, mesmo sem ter o seu procedimento regulamentado pelo legislador, detém aplicabilidade imediata? Se sim, quais os pressupostos para o seu cabimento e quais direitos estão abrangidos pelo seu âmbito de proteção?

2.1.1. Aplicabilidade imediata do mandado de injunção

Quanto à aplicação imediata do mandado de injunção, é de se destacar que sobre o assunto não pairam mais dúvidas⁵³², eis que foi essa a primeira controvérsia gerada na interpretação do instituto, e que hoje já se encontra sepultada. A menção ao tema é feita simplesmente para registrar o histórico de interpretação da garantia constitucional.

Após a promulgação da Constituição de 1988, houve quem defendesse a impossibilidade de impetração do mandado de injunção enquanto o seu procedimento não fosse regulamentado na esfera legislativa⁵³³; seria necessária uma lei definindo as

⁵³² SOUZA, Luciane Moessa de. **Normas constitucionais não-regulamentadas: instrumentos processuais**. São Paulo: RT, 2004. p. 75.

⁵³³ Nesse sentido: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 277; COELHO, Inocêncio Mártires. Sobre a aplicabilidade da norma constitucional que instituiu o mandado de injunção. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 104, 1989. p. 57-58. Nas palavras desse último: “impõe-se reconhecer que não é auto-aplicável o preceito constitucional instituidor do mandado de injunção – o art. 5º, inciso LXXI, da Lei Maior – porque, inobstante o §1.º desse artigo declarar que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, inobstante isso, aquele preceito não contém os elementos mínimos que permitam a sua imediata execução”.

regras de aplicação do instituto para que pudesse ser processado o mandado de injunção. O posicionamento, como já era de se esperar⁵³⁴, não logrou êxito, tendo-se adotado na jurisprudência o entendimento da doutrina majoritária⁵³⁵, segundo o qual a ação constitucional poderia ser proposta desde a promulgação da Constituição, haja vista o princípio da aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, §1º da CF). Dessa forma posicionou-se o STF ao apreciar a questão de ordem suscitada no julgamento do MI nº 107-3-DF⁵³⁶, entendimento que se mantém até hoje.

2.1.2. Pressupostos de cabimento do instituto e âmbito de proteção

Sobre os pressupostos de cabimento da ação constitucional em apreço, podem ser extraídos da literalidade do texto constitucional: (i) inviabilidade de exercícios de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (ii) decorrente da ausência de norma regulamentadora. Para ser cabível o mandado de injunção exige-se, portanto, um nexo de causalidade entre a impossibilidade de se exercitar o direito e a falta de regulamentação infraconstitucional⁵³⁷.

Se o direito não puder ser exercitado pelo seu titular em razão de outros motivos que não a ausência de norma regulamentadora, não será o caso de mandado de injunção, havendo para essas situações outras garantias constitucionais, tais como o mandado de segurança e o *habeas corpus*. Retomando uma das idéias expostas na primeira parte deste trabalho⁵³⁸, para a propositura dessa ação é preciso que a

⁵³⁴ “Seria mesmo de espantar que a Constituição aparelhasse um instituto destinado [a] fazer aplicar imediatamente suas normas dependentes de regulamentação e esse mesmo instituto não poderia ser aplicado por ele próprio depender de regulamentação!”. SILVA, José Afonso da. **Mandado de injunção e habeas data**. São Paulo: RT, 1989. p. 34.

⁵³⁵ Entre os incontáveis autores que seguiram esse entendimento, menciona-se: PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. 2. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 142-143; SILVA, José Afonso da. **Mandado de injunção e habeas data**. São Paulo: RT, 1989. p. 19; VELLOSO, Carlos Mário da Silva. As novas garantias constitucionais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: n. 644, 1989. p. 13; TORNAGHI, Hélio. O mandado de injunção. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 306, 1989. p. 86.

⁵³⁶ STF, MI nº 107-3-DF (QO), Rel. Min. Moreira Alves, j. 23.11.1989.

⁵³⁷ “Para a concessão do mandado de injunção, há de estar clara esta relação que envolve nexo de causalidade”. PIOVESAN, Flávia. *Op. Cit.*, p. 135.

⁵³⁸ Parte I, Capítulo I, Tópico 1.2., Sub-tópico 1.2.2.

disposição constitucional definidora do direito seja dotada de baixa densidade normativa⁵³⁹. Se ela reunir todos os elementos normativos suficientes para que o direito seja observado (alta densidade normativa), não demandando mediações concretizadoras⁵⁴⁰, a impetração do mandado não terá qualquer utilidade.

Em se tratando de direitos fundamentais, incide o já mencionado princípio da aplicabilidade imediata, que, como visto, dirige-se a todos os Poderes do Estado, inclusive ao Judiciário. Com isso, tem-se o seguinte quadro: a efetivação de um direito fundamental pode demandar, em maior ou menor grau, um processo de concretização, capaz de densificar o programa normativo no qual está inserido⁵⁴¹; quando essa concretização não tiver sido empreendida pelo legislador ou pelo administrador (omissão estatal), o juiz deverá realizá-la; a concretização promovida no bojo da jurisdição deverá ocorrer através do mandado de injunção.

Ressalte-se que é dever do Judiciário efetivar as normas que prevêm os direitos fundamentais. Na maior parte das vezes, a efetivação poderá ser realizada sem a necessidade do mandado de injunção, especialmente em tempos contemporâneos, após vinte anos da promulgação da Constituição Federal, em que a maior parte dos dispositivos constitucionais já se encontra regulamentada. Na medida do possível, o magistrado deverá efetivar a norma sem lançar mão do processo de concretização inerente ao mandado de injunção. Quando, no entanto, a efetivação do direito exigir de fato a especificação da forma do seu exercício, mediante uma tutela normativa, emergirá a urgência de se impetrar a garantia constitucional sob exame.

É importante esclarecer mais uma vez, conquanto já se tenha ressaltado anteriormente⁵⁴², que em razão da natureza jurídica do mandado de injunção – garantia fundamental destinada à tutela de direitos fundamentais subjetivos – não é necessária a configuração de inconstitucionalidade por omissão para ensejar a sua propositura, mas

⁵³⁹ Nos termos do conceito desenvolvido por Ingo Sarlet. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 268.

⁵⁴⁰ Tema trabalhado na Parte I, Capítulo I, Tópico 1.2., Subtópico 1.2.3. desta monografia.

⁵⁴¹ Sobre as distinções aqui adotadas entre os conceitos de efetivação e concretização de direitos fundamentais, ver a Introdução deste trabalho, em que são expostas e acolhidas as idéias de Luís Roberto Barroso e J. J. Gomes Canotilho.

⁵⁴² Parte I, Capítulo II, Tópico 2.2., Sup-tópico 2.2.2. desta monografia.

tão-somente a existência de uma lacuna técnica. A distinção entre ambas as situações é feita de forma clara por Clèmerson Merlin Clève:

As lacunas técnicas ou de legislação podem consistir em ‘situações jurídicas imperfeitas’ (omissões constitucionais em trânsito para a inconstitucionalidade); todavia, no caso de inércia mantida por um período não razoável, ultrapassada a linha perimétrica-limite, deslocam-se para o território conceitual da ‘omissão inconstitucional’, com as consequências jurídicas que esse lugar é capaz de impulsionar. É preciso ver, então, que a omissão inconstitucional configura um *plus* em relação às ‘situações jurídicas imperfeitas’. A inconstitucionalidade por omissão conta com um elemento adicional para a sua caracterização: o tempo. A inconstitucionalidade por omissão pressupõe, para ser declarada, um juízo sobre o transcurso do tempo⁵⁴³.

A consequência que se extrai dessa diferenciação é a desnecessidade, para o ajuizamento do mandado de injunção, de uma expressa imposição constitucional de regulamentar a norma, dirigida ao legislador ou ao administrador⁵⁴⁴ (“*a lei disporá*”, “*na forma da lei*”, etc.), bem como do decurso de um prazo razoável ou fixado na Constituição para que haja a regulamentação da norma definidora do direito^{545 546}.

Certamente a distinção entre a lacuna técnica e a inconstitucionalidade por omissão vai perdendo o sentido com o passar dos anos, visto que cada vez mais os direitos constitucionais vão sendo regulamentados no plano infraconstitucional. Entretanto, como já restou observado, a aprovação de emendas constitucionais que prevejam novos direitos carentes de regulamentação acaba trazendo novamente relevância à diferenciação⁵⁴⁷. É o caso do direito fundamental social à moradia, por exemplo, que foi inserido no art. 6º da CF somente após a aprovação da Emenda Constitucional nº 26/2000, e do direito a critérios diferenciados para a concessão de

⁵⁴³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 326.

⁵⁴⁴ Assim entendem: SILVA, José Afonso da. **Mandado de injunção e habeas data**. São Paulo: RT, 1989. p. 23; SOUZA, Luciane Moessa de. **Normas constitucionais não-regulamentadas: instrumentos processuais**. São Paulo: RT, 2004. p. 81.

⁵⁴⁵ Conforme assinalou-se na Parte I, Capítulo II, Tópico 2.2., Sup-tópico 2.2.2. deste trabalho, concordam com essa posição: SUNDFELD, Carlos Ari. Mandado de injunção. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 94, abr./jun. 1990. p. 150-151; MODESTO, Paulo Eduardo Garrido. Inconstitucionalidade por omissão (categoria jurídica e ação constitucional específica). **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 97, jan./mar. 1991. p. 223; CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Op. Cit.*, p. 364; SOUZA, Luciane Moessa de. *Op. Cit.*, p. 79.

⁵⁴⁶ No sentido oposto, entendendo como necessário para ensejar a propositura da ação o transcurso de tempo razoável para a elaboração da norma regulamentadora, MOREIRA, José Carlos Barbosa. Mandado de injunção. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 56, out./dez. 1989. p. 113; BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade das suas normas**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 249; TEMER, Michel. Mandado de injunção e seus limites. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 98, 1991. p. 30; CARRAZZA, Roque Antonio. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, n. 3, 1993. p. 130-131.

⁵⁴⁷ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Mandado de injunção**. São Paulo: Atlas, 1999. p. 72.

aposentadoria aos servidores públicos portadores de deficiência e aos que exercem trabalho de risco⁵⁴⁸, com redação alterada pela Emenda Constitucional 47/2005⁵⁴⁹.

São suficientes, portanto, os pressupostos acima arrolados para que seja cabível o mandado de injunção, consistindo a falta de norma regulamentadora em lacuna técnica, e não inconstitucionalidade por omissão. Logo, insta definir o que se pode compreender pelas locuções “*norma regulamentadora*” e “*direitos e liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania*”.

Quanto à primeira, há autores⁵⁵⁰ que entendem por norma regulamentadora qualquer “*medida para tornar efetiva norma constitucional*”, à luz do que dispõe o art. 103, § 2º da CF⁵⁵¹. Através de uma interpretação sistemática da Constituição, poder-se-ia compreender que a disposição destinada à ADIn por omissão dirige-se também para a compreensão do mandado de injunção, enquadrando-se como norma regulamentadora as leis ordinárias, complementares, decretos, regulamentos, resoluções, portarias, entre outros⁵⁵². Essa é uma interpretação ampliativa, pois engloba tanto atos legislativos quanto atos administrativos e atos materiais⁵⁵³.

Em outro extremo estão os que advogam a limitação do alcance da expressão “*norma regulamentadora*” aos atos legislativos, excluindo daí o cabimento do

⁵⁴⁸ Art. 40, §4º, incisos I a III da CF.

⁵⁴⁹ O fato de reduzir-se, paulatinamente, o número de situações em que a ausência absoluta de norma regulamentadora impede o exercício de direitos constitucionais atrai as atenções para outra situação semelhante, que se encontra dentro da categoria da inconstitucionalidade por omissão: a omissão inconstitucional parcial ou relativa. São as situações em que há uma atividade normativa imperfeita, violando-se a Constituição por insuficiência ou deficiência da atividade legislativa. Ou seja, a atividade legislativa, ao completar o conteúdo constitucional, acaba favorecendo certos grupos, esquecendo-se de outros, o que importa na exclusão constitucional de benefícios, ofensiva ao princípio da isonomia. Sem embargo da extrema relevância do assunto, dados os estreitos limites deste trabalho, remete-se à leitura dos seguintes autores: MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 292-297; FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 365-366; CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 327 e 350-361. PIOVESAN, Flávia. *Op. Cit.*, p. 96-102 e 137-138.

⁵⁵⁰ SILVA, José Afonso da. **Mandado de injunção e habeas data**. São Paulo: RT, 1989. p. 24; BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade das suas normas**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 249; PIOVESAN, Flávia. *Op. Cit.*, p. 135.

⁵⁵¹ Art. 103, § 2º: “Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”.

⁵⁵² ACKEL FILHO, Diomar. **Writs constitucionais: “habeas corpus”, mandado de segurança, mandado de injunção, “habeas data”**. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 104.

⁵⁵³ PIOVESAN, Flávia. *Op. Cit.*, p. 136.

mandado de injunção contra omissões administrativas⁵⁵⁴. O fundamento para essa exclusão seria o de que o próprio mandado de segurança pode ser impetrado nos casos de omissão do Poder Público que prejudique direito subjetivo, como se observa no entendimento pacificado pelo STF na Súmula 429⁵⁵⁵.

O que efetivamente precisa caracterizar-se para render ensejo ao mandado de injunção é a ausência de um ato normativo, isto é, a omissão do exercício da *função normativa*⁵⁵⁶ pelo órgão competente. Não interessa se o órgão pertence ao Executivo ou ao Legislativo – vale dizer, pouco importa se a regulamentação necessária deveria ter sido promovida mediante o exercício da *função legislativa* (Poder Legislativo) ou *executiva* (Poder Executivo) – pois o que está em questão não é o critério orgânico ou subjetivo da função estatal, mais sim o critério material. Ou seja, é preciso que, independentemente do sujeito que o deveria produzir, o ato faltante tenha natureza normativa, regulamentar.

Disso se conclui que na falta de atos materiais (exercício da *função administrativa*, de execução das normas jurídicas⁵⁵⁷), em situações em que existem as condições de exercício do direito, mas este é obstaculizado por uma omissão (*e.g.*, negativa de fornecimento de remédios pela Administração Pública), não cabe o mandado de injunção⁵⁵⁸, mas sim o mandado de segurança⁵⁵⁹. Se, no entanto, o exercício do direito depender de providência regulamentar – seja de competência legislativa ou administrativa – especificando como o direito será exercitado, aí estará configurado o requisito da “*falta de norma regulamentadora*” e o caso será de mandado de injunção⁵⁶⁰.

⁵⁵⁴ CARRAZZA, Roque Antonio. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, n. 3, 1993. p. 128; SOUZA, Luciane Moessa de. *Op. Cit.*, p. 82.

⁵⁵⁵ Súmula 429 do STF: “A existência de recurso administrativo com efeito suspensivo não impede o uso do mandado de segurança contra omissão da autoridade”.

⁵⁵⁶ Nos termos do conceito apresentado por Eros Roberto Grau. Cf. GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 236-238.

⁵⁵⁷ GRAU, Eros Roberto. *Idem, Ibidem*.

⁵⁵⁸ “apenas a ausência de **norma regulamentadora** enseja o mandado de injunção. Não é a falta de atuação administrativa que o permite.” (grifos no original). TEMER, Michel. Mandado de injunção e seus limites. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 98, 1991. p. 30.

⁵⁵⁹ SILVA, José Afonso da. **Mandado de injunção e habeas data**. São Paulo: RT, 1989. p. 24

⁵⁶⁰ Veja-se que ainda assim há divergências doutrinárias, eis que enquanto autores como José Afonso da Silva entendem que a falta de vaga em escola pública (por falta de professores, por exemplo, sendo necessário concurso público) reclama providências regulamentadoras – e por consequência ensejam a impetração de

Note-se que com base nesses pressupostos, não é possível falar que o mandado de injunção só caberá nos casos de normas de eficácia limitada, como asseveram alguns autores⁵⁶¹. Como se buscou demonstrar na primeira parte deste trabalho⁵⁶², no que concerne aos direitos fundamentais a classificação tricotômica das normas constitucionais de José Afonso da Silva não ostenta a melhor solução para se resolver o problema da sua concretização. Mesmo as normas constitucionais consideradas por essa classificação como normas de eficácia plena podem sim, no caso concreto, demandar regulamentação para o seu exercício (como nos exemplos já apresentados do direito ao sufrágio universal e do direito de propriedade). A propositura da aludida ação constitucional se justificará quando o direito estiver previsto por norma constitucional de baixa densidade normativa, nos termos já explicitados.

A respeito do âmbito de proteção abrangido pela garantia constitucional, é dizer, sobre quais direitos estão abarcados pela norma do art. 5º, LXXI, da CF, são também variadas as interpretações da doutrina. Principiando pela mais conservadora, há quem diga que só estão contemplados os direitos fundamentais previstos no art. 5º e nos arts. 12 a 16 da CF, sob a justificativa de que o dispositivo restringiu o alcance do instituto aos direitos, liberdades e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, protegendo somente os direitos vinculados ao *status* de nacional (art. 5º da CF), de cidadão e de integrante do povo, soberano na democracia (arts. 12 a 16 da CF)⁵⁶³. Evidentemente tal restrição inexistente, pois as prerrogativas inerentes à soberania, à cidadania e à nacionalidade estão colocadas ao lado dos direitos e liberdades constitucionais, constituindo um *plus* e não uma condicionante⁵⁶⁴.

mandado de injunção –, outros, como Carlos Ari Sundfeld, consideram que a mesmíssima situação exige providências materiais, demandando a propositura de ações comuns. Cf. SILVA, José Afonso da. *Op. Cit.*, p. 24; SUNDFELD, Carlos Ari. Mandado de injunção. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 94, abr./jun. 1990. p. 147.

⁵⁶¹ Como, por exemplo, SUNDFELD, Carlos Ari. Mandado de injunção. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 94, abr./jun. 1990. p. 146.

⁵⁶² Parte I, Capítulo I, Tópico 1.2., Sub-tópico 1.2.2.

⁵⁶³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 277. No mesmo sentido, desenvolvendo um raciocínio que aos poucos exclui basicamente todos os direitos constitucionais do alcance do mandado de injunção, mormente os direitos sociais, ver COSTA, Elcias Ferreira da. O objeto e a competência no mandado de injunção. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 104, 1989, p. 59-68.

⁵⁶⁴ “Uma interpretação literal do texto afastaria – na minha opinião – essa interpretação restritiva, dado que a Constituição usa uma conjunção aditiva: separa direitos e liberdades de prerrogativas”. VELLOSO, Carlos Mário

Com fundamento no princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, §1º, da CF), José Joaquim Calmon de Passos defende que apenas os direitos constitucionais dotados de fundamentalidade e previstos em normas de eficácia limitada são passíveis de tutela via mandado de injunção. No seu entender, seriam apenas os direitos previstos no Título II da Constituição de 1988 (art. 5º ao 17º da CF)⁵⁶⁵, excluídos, todavia, os direitos que envolvem organização prévia de determinados serviços ou a alocação específica de recursos⁵⁶⁶.

Sob argumento totalmente diverso, Cláudio Pereira de Souza Neto inclui no âmbito de proteção do mandado de injunção somente os direitos fundamentais pelo fato de sua garantia ser imprescindível para o exercício da democracia. Os demais direitos constitucionais não poderiam ser diretamente concretizados pela jurisdição, pois isso exorbitaria a sua legitimação democrática, eis que a decisão sobre a regulamentação de tais direitos caberia ao espaço de deliberação pública proporcionado pelo Legislativo e pelo Executivo, através do processo democrático e mediante os representantes eleitos pelo povo⁵⁶⁷.

Outro posicionamento, mais ampliativo, é aquele que engloba na esfera de proteção do mandado de injunção todos os direitos constitucionais, sejam eles individuais, coletivos, políticos, econômicos, culturais ou sociais, desde que não regulamentados, o que envolve logicamente as liberdades e as prerrogativas inerentes à cidadania, à soberania e à nacionalidade⁵⁶⁸. Estas constituem, igualmente, direitos constitucionais, razão pela qual se conclui que houve uma imprecisão terminológica na redação do dispositivo.

da Silva. A nova feição do mandado de injunção. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 2., 1993, p. 279.

⁵⁶⁵ Acolhendo o mesmo entendimento, BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 250

⁵⁶⁶ PASSOS, J. J. Calmon de. **Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data (constituição e processo)**. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 110-112.

⁵⁶⁷ O autor inclui no âmbito de proteção do mandado de injunção os direitos sociais, “na medida da sua ‘fundamentalidade material’”. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Mandado de injunção: efeitos da decisão e âmbito de incidência. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, n. 7, jul. 2007, p. 799.

⁵⁶⁸ Assim entendem, entre outros, BARROSO, Luís Roberto. Mandado de injunção. Perfil doutrinário e evolução jurisprudencial. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 191, jan./mar. 1993. p. 3; PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. 2. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 139-140; SILVA, José Afonso da. **Mandado de injunção e habeas data**. São Paulo: RT, 1989. p. 28-29; DUARTE, Marcelo. Mandado de injunção. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 110, 1991. p. 134-135.

Interpretando de forma atenta o texto constitucional, e levando em conta essa última peculiaridade, há autores que conferem sentido ainda mais amplo ao dispositivo. Para parcela da doutrina⁵⁶⁹, à qual assiste razão, a separação entre “*direitos e liberdades constitucionais*” e “*prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania*” só pode ter um significado: o dispositivo constitucional compreende, além dos direitos e liberdades previstos na Carta Magna, as prerrogativas definidas em normas infraconstitucionais, ligadas à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Do contrário, não seria razoável afastar ambas as locuções no texto constitucional, até porque as prerrogativas constitucionais já estariam inseridas nos direitos e liberdades constitucionais.

Observe-se, por conseguinte, que o art. 5º, LXXI da CF não limita a aplicação do mandado de injunção à tutela de direitos fundamentais, estendendo-a a todo e qualquer direito constitucional, e até mesmo a prerrogativas previstas no âmbito infraconstitucional, quando ligadas à nacionalidade, à soberania e à cidadania. No entanto, pela delimitação temática deste estudo, a análise se concentrará no âmbito dos direitos fundamentais.

2.2. Tutela jurisdicional pretendida e natureza jurídica da decisão

Vistos os pressupostos de cabimento e o âmbito de proteção abrangido pelo instituto, cumpre, então, fixar os contornos da tutela jurisdicional que se busca com a propositura do mandado de injunção.

Conforme explanado na primeira parte deste trabalho⁵⁷⁰, desconsideradas as pequenas variações existentes, foram três os principais entendimentos na doutrina acerca da finalidade do mandado de injunção: (a) gerar a declaração de inconstitucionalidade da omissão estatal, dando ciência ao órgão responsável pela

⁵⁶⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Mandado de injunção. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 56, out./dez. 1989. p.112; VELLOSO, Carlos Mário da Silva. A nova feição do mandado de injunção. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 2., 1993, p. 279; MAZZEI, Rodrigo. Mandado de injunção. In: DIDIER JR, Fredie (org.). **Ações Constitucionais**. Salvador: JusPodivm, 2006. p. 144; BERMUDEZ, Sérgio. O mandado de injunção. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, nº 642, 1989. p. 22.

⁵⁷⁰ Parte I, Capítulo II, Tópico 2.3., Sub-tópico 2.3.2.

elaboração da norma⁵⁷¹; (b) provocar o Judiciário para elaborar a norma regulamentadora necessária ao exercício do direito reclamado, de forma geral e abstrata, suprimindo provisoriamente a omissão do Estado⁵⁷²; (c) viabilizar no caso concreto o exercício do direito obstaculizado pela ausência de regulamentação, com efeitos limitados às partes do processo⁵⁷³.

O que se pôde perceber, ao analisar grande parte dos argumentos apresentados pelos autores, é que em geral a interpretação do instituto processual em tela não é feita a partir da observância das necessidades e especificidades da situação-problema de direito material, para somente então se pensar nas técnicas processuais e procedimentos adequados a solucioná-la. Assim, de forma assistemática, são colocados prós e contras, e a escolha por uma ou outra opção é feita ao sabor do intérprete.

Tomando como premissa as balizas disseminadas pelo Estado Constitucional, trabalhadas na segunda parte deste estudo⁵⁷⁴, chega-se à conclusão de que o mandado de injunção deve ser pensado como a ação judicial nutrida de todas as técnicas processuais necessárias a satisfazer, por meio da via jurisdicional, o direito constitucional cujo exercício esteja impossibilitado em razão da ausência de norma regulamentadora. No caso da presente pesquisa, investiga-se o campo específico dos

⁵⁷¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 277.

⁵⁷² SOUZA, Luciane Moessa de. **Normas constitucionais não-regulamentadas: instrumentos processuais**. São Paulo: RT, 2004. p. 113-118; GOMES, Luiz Flávio. Anotações sobre o mandado de injunção. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 647, 1989, p. 43; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Mandado de injunção**. São Paulo: Atlas, 1999. p. 106. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A natureza do mandado de injunção. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 56, 1989, p. 88; GRECO FILHO, Vicente. **Tutela constitucional das liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 182-184; PASSOS, J. J. Calmon de. **Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data (constituição e processo)**. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 123. Apenas nos casos de omissões legislativas, OLIVEIRA, Herzeleide Maria Fernandes de. O mandado de injunção. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 100, 1988, p. 57.

⁵⁷³ BARROSO, Luís Roberto. Mandado de injunção. Perfil doutrinário e evolução jurisprudencial. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 191, jan./mar. 1993. p. 4; PIOVESAN, Flávia. *Op. Cit.*, p. 157-159; SILVA, José Afonso da. **Mandado de injunção e habeas data**. São Paulo: RT, 1989. p. 27; MACIEL, Adhemar Ferreira. Mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Mandados de segurança e de injunção**. Estudos de Direito Processual-Constitucional em memória de Ronaldo Cunha Campos. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 377; MOREIRA, Wander Paulo Marotta. Notas sobre o mandado de injunção. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Mandados de segurança e de injunção**. Estudos de Direito Processual-Constitucional em memória de Ronaldo Cunha Campos. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 416; PUCCINELLI JÚNIOR, André. **A omissão legislativa inconstitucional e a responsabilidade do Estado Legislador**. Saraiva: São Paulo, 2007. p. 190.

⁵⁷⁴ Parte II, Capítulo I, Tópicos 1.1. a 1.4.

direitos fundamentais, o que impõe, antes de tudo, considerar as peculiaridades do regime jurídico especial conferido a esses direitos, para só então identificar a forma adequada de tutelá-los pela via processual.

Sendo assim, num primeiro momento os efeitos jurídicos pretendidos pelo mandado de injunção serão sempre uma tutela normativa. O exercício do direito que fundamenta a propositura da ação se encontrará inviabilizado pela falta de mediações concretizadoras que densifiquem o conteúdo do comando constitucional. Caberá ao Judiciário, portanto, concretizar⁵⁷⁵ a norma constitucional que define o direito reclamado, de forma a viabilizar ao seu titular a fruição dos efeitos que por ele deveriam ser produzidos, conforme lhe impõe o princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, §1º da CF). O juiz deverá, como já dito, promover as mediações concretizadoras necessárias ao exercício do direito. Frise-se que a jurisdição não estará constituindo o direito em si, pois este já havia sido outorgado pela própria Constituição; o que se procederá é a regulamentação do modo como ele será exercitado.

Em um segundo momento, após a densificação da forma como o direito será exercitado, poderá o seu titular depender de outro tipo de tutela, quando a tutela normativa não se fizer suficiente para a garantia do direito pleiteado. Isso porque, mesmo após a elaboração da regulamentação do exercício do direito, a parte que estiver sujeita a cumpri-la poderá recusar-se a fazê-lo. Embora defendam alguns autores que, após o processo de densificação do mandamento constitucional promovido no mandado de injunção, caberá à parte buscar a efetivação do seu direito nas vias ordinárias⁵⁷⁶, entende-se como mais adequada, em homenagem ao princípio da economia processual, a prestação da tutela no curso do próprio mandado de injunção. Assim, o mandado de injunção não se presta a fornecer tão-só e unicamente

⁵⁷⁵ “O processo de concretização consiste em adicionar componentes, determinar conceitos, ao passo que a tipificação, a positivação normativa importa em excluir, prescindir de componentes, num processo de abstração (...). A concretização encerra uma atividade de determinação e especificação”. SILVA, Anabelle Macedo. **Concretizando a Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 79-80.

⁵⁷⁶ PASSOS, J. J. Calmon de. *Op. Cit.*, p. 100; SILVA, Volney Zamenhof de Oliveira. **Lineamentos do mandado de injunção**. São Paulo: RT, 1993, p. 71; SANTOS, Aricê Moacyr Amaral. **O mandado de injunção**. São Paulo: RT, 1989. p. 29.

a tutela normativa, mas sim a satisfazer efetivamente o direito no curso do próprio processo⁵⁷⁷, podendo o magistrado utilizar todos os meios aptos para tanto.

Desta forma, após a formulação da regulamentação necessária ao exercício do direito, caso a parte passiva se recuse a aceitar a regulação elaborada, o juiz poderá, no próprio processo do mandado de injunção, compeli-la a respeitar a autoridade da decisão, utilizando-se de todos os meios coercitivos necessários para tanto, inclusive o recurso à tutela mandamental. O tipo de tutela a ser prestada nesse segundo momento irá depender das necessidades reclamadas pelo direito material, podendo assumir qualquer das formas possíveis (inibitória, ressarcitória, específica, etc.⁵⁷⁸). Por consequência, a natureza da decisão poderá variar, conforme a tutela de direito material pretendida.

Poderá ter natureza meramente declaratória quando o afastamento da reserva de lei for suficiente para a satisfação do direito⁵⁷⁹, constitutiva quando a regulamentação elaborada disciplinar determinada relação jurídica entre as partes⁵⁸⁰, condenatória quando se tratar, por exemplo, de reparação de danos⁵⁸¹, mandamental quando a parte passiva se negar a cumprir a regulamentação elaborada pelo órgão jurisdicional⁵⁸², entre outras. Essa conclusão decorre da compreensão, antes esposada, de que o processo deverá atender as exigências do direito material, propiciando as técnicas processuais e instrumentos idôneos às tutelas dos direitos.

⁵⁷⁷ Nessa linha, entre tantos outros: SILVA, José Afonso da. **Mandado de injunção e habeas data**. São Paulo: RT, 1989. p. 27; MOREIRA, José Carlos Barbosa. Mandado de injunção. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 56, out./dez. 1989. p. 115; BARBI, Celso Agrícola. Mandado de injunção. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 637, 1988, p. 9.

⁵⁷⁸ Para uma análise acerca dos diversos tipos de tutela dos direitos, ver MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: RT, 2004. p. 249-668.

⁵⁷⁹ Constituição Federal, Art. 5º, XXVI: “a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento”.

⁵⁸⁰ Constituição Federal, Art. 40, §4º, III: “§ 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores: (...) cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física”.

⁵⁸¹ ADCT, Art. 8º, §3º: “Aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica nº S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, e nº S-285-GM5 será concedida reparação de natureza econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição.”

⁵⁸² BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade das suas normas**. 8 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 256.

Além da tutela do direito postulado pelo impetrante, o mandado de injunção assume outra incumbência. Entendendo que a garantia constitucional possui a dupla função de tutelar o direito subjetivo e, por via reflexa, assegurar a normatividade da Constituição no plano objetivo⁵⁸³, é de se aceitar que, além da satisfação do direito, o Judiciário promova uma ordem, de natureza, portanto, mandamental, para que o órgão competente crie a norma faltante^{584, 585}. Tratando-se de órgãos legislativos ou administrativos, o escopo dessa decisão será demarcar um prazo para a colmatação da lacuna que, se descumprido, abrirá ensejo para a responsabilização do órgão omissor⁵⁸⁶. Repise-se que esta última função do mandado de injunção não substitui a anterior, devendo ser cumulativa. Ela terá somente a função de proceder a mediação concretizadora do dever de criar a norma, incitando o Judiciário a declarar que já decorreu o prazo razoável para a sua elaboração e que, após o prazo determinado, o Estado deverá responder civilmente pelos danos causados em decorrência da sua omissão.

Assim, no que diz respeito à tutela jurídica pretendida e à natureza jurídica da decisão no mandado de injunção, tanto nos casos de omissões legislativas, quanto nos casos de omissões administrativas, tem-se que: (i) a principal tutela a ser prestada pelo Judiciário é a tutela normativa, regulamentando o exercício do direito pleiteado; (ii) a segunda tutela, nem sempre necessária, vai variar conforme as exigências do direito material em questão, podendo assumir qualquer das formas possíveis, com o objetivo de satisfazer no curso do mesmo processo o direito reclamado; (iii) o terceiro passo a ser dado pelo Judiciário será ordenar ao órgão competente que formule a norma

⁵⁸³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 89.

⁵⁸⁴ Admitindo a cumulação dessas duas finalidades ao mandado de injunção: CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 377-378; PACHECO, José da Silva. **O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas**. 4. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 381-382. Discordando do acúmulo de finalidades, e defendendo apenas a função de criar a norma para o caso concreto sem ordenar ao órgão competente que expeça a norma faltante, BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade das suas normas**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 247.

⁵⁸⁵ Foi esse o procedimento adotado pelo STF no recente julgamento do MI nº 758-DF, Relator Ministro Marco Aurélio, em que o Tribunal supriu a lacuna constitucional para assegurar o direito do impetrante à aposentadoria especial decorrente de condições insalubres de trabalho (art. 40, §4º, da CF) e, ao mesmo tempo, determinou ao Congresso Nacional que elaborasse a lei complementar faltante. STF, MI nº 758-DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 1º.07.2008.

⁵⁸⁶ Ver, sobre o tema da responsabilidade civil do Estado por omissões legislativas, PUCCINELLI JÚNIOR, André. **A omissão legislativa inconstitucional e a responsabilidade do Estado Legislador**. Saraiva: São Paulo, 2007. p. 211-257.

faltante (tutela mandamental), sob pena de lhe ser imputada a responsabilidade civil pelos danos causados em face da omissão, ficando sujeito a responder ação de reparação de danos a ser proposta pelos demais titulares do mesmo direito, em caso de descumprimento da ordem judicial.

2.3. Legitimidade de partes

No que concerne à legitimidade de partes no mandado de injunção, terá legitimidade ativa o titular do direito cujo exercício encontra-se obstado. Poderá ser pessoa física ou pessoa jurídica, desde que configurada a titularidade do direito subjetivo⁵⁸⁷.⁵⁸⁸

Destaque-se que no mandado de injunção, por se tratar de instrumento de tutela do direito subjetivo, não há a restrição imposta para a legitimação ativa como no caso da ADIn por omissão. Esta, por ser mecanismo de fiscalização abstrata de constitucionalidade por omissão, e portanto meio de tutela do direito objetivo, tem a sua legitimidade ativa limitada aos entes que receberam da Lei Maior a competência para o exercício desse múnus, através do seu art. 103, inciso I a IX.

Deve ser também admitida a possibilidade de substituição processual no mandado de injunção individual, como nos casos dos sindicatos (art. 8º, III da CF⁵⁸⁹) e das associações (art. 5º, XXI da CF⁵⁹⁰). Essas últimas atuarão na qualidade de representantes processuais, postulando a viabilização de direitos individuais de seus associados, devendo estar expressamente autorizadas para tanto.

Em que pese a discordância de parcela da doutrina⁵⁹¹, poderá ser impetrado mandado de injunção coletivo⁵⁹², hipótese em que o impetrante estará reclamando a

⁵⁸⁷ OLIVEIRA, Francisco Antonio de. **Mandado de injunção**: da inconstitucionalidade por omissão, enfoques trabalhistas, jurisprudência. 2. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 124-125.

⁵⁸⁸ Também nesse sentido, STF, MI nº 395-5-PR (QO), Rel. Min. Moreira Alves, DJU 11.09.1992.

⁵⁸⁹ Art. 8º, III da CF: “ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”.

⁵⁹⁰ Art. 5º, XXI da CF: “as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente”

⁵⁹¹ PASSOS, J. J. Calmon de. **Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data (constituição e processo)**. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 117.

⁵⁹² STF, MI nº 347-5-SC, Rel. Min. Néri da Silveira, DJU 08.04.1994; STF, MI nº 361-1-RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 17.06.1994.

regulamentação do exercício de um direito coletivo⁵⁹³. É o caso, já mencionado, dos sindicatos quando da propositura de mandado de injunção postulando a regulamentação do direito de greve dos servidores públicos⁵⁹⁴.

Há de mencionar ainda a legitimidade do Ministério Público Federal, que embora já se pudesse extrair da sua competência definida no art. 129, II da CF, foi expressamente reconhecida pela Lei Complementar nº 75/93, em seu art. 6º, VIII⁵⁹⁵. Por consequência, estende-se a legitimidade aos Ministérios Públicos dos Estados, em face do disposto no art. 80 da Lei nº 8.625/93⁵⁹⁶. Por força da Lei Complementar nº 73/95, estão abrangidos também pelo espectro protetivo do mandado de injunção os direitos difusos⁵⁹⁷, não obstante a rejeição da idéia por alguns autores⁵⁹⁸.

Em relação à legitimidade passiva, duas questões devem ser analisadas. Lembre-se que a posição aqui adotada quanto à finalidade do mandado de injunção comporta dois objetos: (i) a prestação de uma tutela normativa e a consequente satisfação do direito reclamado pelo impetrante, mediante outras tutelas que se fizerem necessárias; (ii) a determinação de uma ordem para que órgão competente elabore a norma regulamentadora dentro do prazo fixado judicialmente, com o objetivo de demarcar a omissão estatal injustificada e abrir ensejo à propositura de ação de reparação de danos, fundada na responsabilidade civil do Estado por omissão normativa.

⁵⁹³ Nesse sentido, PIOVESAN, Flávia. *Op. Cit.*, p. 143-144; SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 461-462.

⁵⁹⁴ A respeito do mandado de injunção coletivo, cf. a importante e bem desenvolvida contribuição de PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Mandado de injunção**. São Paulo: Atlas, 1999. p. 251-279. Ver, ainda, MAZZEI, Rodrigo. Mandado de injunção. In: DIDIER JR, Fredie (org.). **Ações Constitucionais**. Salvador: JusPodivm, 2006. p. 150-154.

⁵⁹⁵ Art. 6º, VIII da Lei Complementar nº 75/93: “Compete ao Ministério Público da União: (...) promover outras ações, nelas incluído o mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, quando difusos os interesses a serem protegidos”.

⁵⁹⁶ Art. 80 da Lei nº 8.625/93: “Aplicam-se aos Ministérios Públicos dos Estados, subsidiariamente, as normas da Lei Orgânica do Ministério Público da União”.

⁵⁹⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. Mandado de injunção. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 94, abr./jun. 1990. p. 149.

⁵⁹⁸ PIOVESAN, Flávia. *Op. Cit.*, p. 144; PUCCINELLI JÚNIOR, André. **A omissão legislativa inconstitucional e a responsabilidade do Estado Legislador**. Saraiva: São Paulo, 2007. p. 181. Este segundo sustenta a inconstitucionalidade do art. 6º, VIII, da Lei Complementar nº 73/95, por suposta ofensa ao princípio da separação dos poderes.

Seguindo essa linha, em primeiro lugar a legitimidade passiva recairá sobre a parte, pública ou privada, que deverá suportar os ônus decorrentes do direito que por meio do mandado de injunção objetiva-se viabilizar⁵⁹⁹. Assim, à época em que ainda não havia sido regulamentado o direito do trabalhador à participação nos lucros da empresa (art. 7º, XI da CF), a parte passiva no mandado de injunção seria o empregador, que estaria obrigado a obedecer ao conjunto normativo elaborado pelo Judiciário para regulamentar o exercício do direito.

Todavia, em razão do posicionamento acolhido quanto à finalidade do instituto, deve-se acrescentar a legitimidade passiva do órgão ou autoridade competente à elaboração da norma faltante. Ora, se cabe ao juiz no mandado de injunção, além de satisfazer o direito do impetrante mediante uma tutela normativa, ordenar ao órgão omissor que formule a regulamentação necessária, para fins de responsabilização civil por omissão, este deve integrar o pólo passivo da demanda, tratando-se, *in casu*, de litisconsórcio necessário⁶⁰⁰.⁶⁰¹ Ademais, a participação do órgão ou autoridade a quem incumbe a formulação da norma será importante para trazer ao processo eventuais projetos de lei em trâmite concernentes à normatização do direito em questão, ou mesmo outras informações relevantes para a decisão⁶⁰², auxiliando o Judiciário no momento da elaboração da regulamentação provisória⁶⁰³.

⁵⁹⁹ Nesse sentido: BERMUDEZ, Sérgio. O mandado de injunção. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, nº 642, 1989. p. 24; PIOVESAN, Flávia. *Op. Cit.*, p. 145; VELLOSO, Carlos Mário da Silva. A nova feição do mandado de injunção. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 2., 1993, p. 279.

⁶⁰⁰ A decisão deverá ser uniforme a ambos os litisconsortes no sentido de que o juiz não poderá, para um deles, declarar que há omissão de norma regulamentadora e, para outro, declarar que omissão inexistente. Daí porque se entender que o caso é de litisconsórcio necessário. É o entendimento defendido por PASSOS, J. J. Calmon de. **Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data (constituição e processo)**. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 118. Discordando desse posicionamento, por entender que não cabe ao mandado de injunção provocar o Judiciário para obrigar o órgão competente a criar a norma, SUNDFELD, Carlos Ari. Mandado de injunção. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 94, abr./jun. 1990. p. 149.

⁶⁰¹ Corroborando com a hipótese de litisconsórcio entre a parte obrigada a suportar os efeitos da decisão e o órgão competente para elaborar a norma, MOREIRA, José Carlos Barbosa. Mandado de injunção. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 56, out./dez. 1989. p. 118.

⁶⁰² BARROSO, Luís Roberto. Mandado de injunção. Perfil doutrinário e evolução jurisprudencial. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 191, jan./mar. 1993. p. 5-6.

⁶⁰³ SOUZA, Luciane Moessa de. *Op. Cit.*, p. 131-132.

2.4. Efeitos da decisão proferida em sede de mandado de injunção

Viu-se que, conforme as contemporâneas concepções de jurisdição, ação e processo, o mandado de injunção tem por função primordial viabilizar o exercício do direito demandado em juízo pelo impetrante. Cumpre agora analisar se os efeitos da decisão prolatada no julgamento do *writ* deverão se limitar ao autor da ação (*inter partes*), ou se deverão aproveitar aos demais titulares do mesmo direito (*erga omnes*).

A premissa da qual se deve partir para a análise dessa questão é a mesma que se tem adotado desde o início deste trabalho: o processo deverá atender as exigências do direito material, propiciando as técnicas processuais e instrumentos idôneos às tutelas dos direitos. E é dentro desse horizonte de compreensão que se apreciará o polêmico tema relativo aos efeitos da decisão no mandado de injunção.

A doutrina ao tratar do tema, bem como a jurisprudência do STF, procurou sempre uma argumentação lógica e única para justificar a atribuição de efeitos *inter partes* ou *erga omnes* à decisão prolatada no mandado de injunção. Acontece que, buscando-se elementos de forma abstrata e meramente processual para definir os efeitos da decisão, acaba-se recaindo na falha acometida pelos adeptos da concepção de ação e processo inerentes ao Estado Legislativo, os quais afastavam a ação e o processo das especificidades concretas identificadas pelo direito material. É imperativo, pois, à luz da compreensão de ação e processo no Estado Constitucional, divorciar-se das concepções ultrapassadas e pensar nos efeitos da decisão no mandado de injunção conforme a natureza ou função do direito material reclamado.

Como o principal objeto de exame deste estudo reside na concretização dos direitos fundamentais, não há como se investigar essa questão sem retomar uma das mais peculiares características desses direitos: a sua multifuncionalidade. Como já se teve a oportunidade de averbar, os direitos fundamentais devem ser vislumbrados como feixes de posições jusfundamentais, pelo fato de agregarem diversas posições jurídicas distintas ligadas a um mesmo direito, que exerce variadas funções⁶⁰⁴.

⁶⁰⁴ É a idéia, já apresentada na Parte I, Capítulo I, Tópico 1.1., Sub-tópico 1.1.2., de “direito fundamental como um todo”. Cf. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 214.

Mencionando-se novamente a classificação dos direitos fundamentais sistematizada por Robert Alexy conforme suas funções primordiais, tais direitos dividem-se em dois grandes grupos: direitos de defesa e direitos a prestação. Estes, por sua vez, dividem-se em direitos a prestações fáticas (ou direitos a prestação em sentido estrito) e em direito a prestações normativas (ou direitos fundamentais em sentido amplo). Os direitos fundamentais em sentido amplo separam-se em direitos à proteção e direitos à participação na organização e no procedimento.

Conquanto a classificação seja feita de acordo com a função predominante exercida pelo direito fundamental, o que poderia induzir à confusão de se imaginar que ele não exerceria outras funções que não aquela principal, a alusão à sua classificação justifica-se para se pensar que, conforme a natureza ou função do direito fundamental cujo exercício ficou impossibilitado em decorrência da falta de norma regulamentadora, os efeitos da decisão no mandado de injunção poderão ser diversos.

Em geral, no caso dos direitos de defesa, que requerem uma abstenção do Estado, a mera retirada do obstáculo da reserva legal com efeitos *inter partes* pode ser suficiente para a tutela do direito⁶⁰⁵.

No caso dos direitos de proteção, em contrapartida, por exigirem que o Estado proteja o seu titular contra intervenções de terceiros⁶⁰⁶, muitas vezes uma solução individual pode restar inócua. Por exemplo, o direito fundamental à proteção do consumidor (art. 5º, XXXII, CF) é um dos dispositivos constitucionais que o materializa: art. 150, §5º: “a lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços”. O direito à proteção do consumidor contra a obscuridade relativa à incidência de tributos sobre as mercadorias e serviços adquiridos jamais poderia ser satisfeito através de uma solução judicial de caráter individual. De que valeria a condenação de uma fábrica de laticínios em esclarecer a um determinado consumidor quais foram os impostos que incidiram sobre um único iogurte por ele adquirido?

⁶⁰⁵ Um exemplo que pode ser ventilado é o já mencionado direito à imunidade tributária das entidades beneficentes de assistência social, previsto no art. 195, §7º, da CF. Basta a declaração de que a entidade gozará da imunidade, ainda que a lei não estabeleça as condições a que se refere a Constituição, para que a tutela do direito seja satisfeita.

⁶⁰⁶ ALEXY, Robert. *Op. Cit.*, p. 398.

Outro caso é o direito fundamental à proteção do mercado de trabalho da mulher (art. 7º, XX, CF). A inexistência de políticas inclusivas da mulher no mercado de trabalho pode inviabilizar esse direito fundamental protetivo. O mesmo se diga em relação ao direito fundamental à proteção contra a automação (art. 7º, XXVII, CF). Em tais situações, emerge a necessidade de se elaborar a norma regulamentadora, com efeitos *erga omnes*, já que nem sempre o exercício dos direitos fundamentais poderá ser garantido a partir de soluções com efeitos *inter partes* e *a posteriori*. É inexorável a incidência dos efeitos da decisão regulamentadora sobre todos, uma vez que tais direitos jamais poderiam ser tutelados a partir de uma decisão individual e posterior. Como se poderia proteger o mercado de trabalho da mulher com uma decisão que incidisse apenas sobre a impetrante do mandado de injunção?

Quanto aos argumentos dirigidos contra a admissibilidade de atribuição de efeitos *erga omnes* no mandado de injunção, em função da suposta violação ao princípio da separação dos poderes, espera-se ter deixado suficientemente assinalado que inexiste qualquer afronta ao ordenamento constitucional pátrio⁶⁰⁷. Como visto, o Estado Constitucional reclama, para a garantia da normatividade da Constituição e da efetividade dos direitos fundamentais, uma postura judicial ativa, sempre que esta se fizer necessária para contrabalancear o silêncio transgressor⁶⁰⁸ dos demais poderes estatais. Só assim se poderá assegurar o equilíbrio entre os poderes, pedra de toque da teoria de Montesquieu, e que no Estado brasileiro contemporâneo é acolhida através de um sistema de freios e contrapesos, onde há a cooperação entre os poderes⁶⁰⁹, e não mais uma rígida separação.

Há casos, no entanto, em que o direito fundamental de proteção poderá ser tutelado individualmente. Tome-se a disposição do art. 5º, VI, da CF: “*é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias*”. Dela se extrai o direito fundamental à proteção aos locais de culto e suas

⁶⁰⁷ O tema foi tratado na Parte II, Capítulo I, Tópico 1.3. deste trabalho.

⁶⁰⁸ Expressão cunhada por CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 346.

⁶⁰⁹ PIOVESAN, Flávia. *Op. Cit.*, p. 32.

liturgias. Imagine-se que determinado templo, por alguma razão, sofra frequentemente ataques de cultores de outra religião. Ainda que a proteção aos locais de culto esteja prevista “*na forma da lei*”, será cabível o mandado de injunção para postular ao Judiciário que regulamente – enquanto não sobrevier a lei regulamentadora – a forma como o templo será protegido pelo Estado.

No caso dos direitos fundamentais a prestações fáticas⁶¹⁰, por seu turno, vislumbra-se possível a concretização individual do seu exercício⁶¹¹. Pode-se mencionar o caso do direito ao atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência (art. 208, III, CF). Em face da ausência de norma que regulamente a forma como o atendimento especializado será prestado aos estudantes portadores de deficiência, o Poder Judiciário poderá, no caso concreto, definir a forma como se dará a satisfação do direito, condenando o Estado a garantir o acesso à educação especial. Se esta não puder ser prestada mediante a rede regular de ensino, deverá ser propiciada em qualquer escola disponível, ainda que privada, às expensas do Estado⁶¹², assegurando ao estudante o exercício do seu direito.

Há outros casos, contudo, em que a tutela individual do direito poderá ser promovida mediante outras ações, mas que a propositura do mandado de injunção será necessária para a garantia de uma tutela jurídica transindividual. É o caso do art. 5º, L da CF: “*às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer*

⁶¹⁰ “Los derechos prestacionales en sentido estricto son derechos del individuo frente al Estado a algo que – si el individuo tuviera los medios financieros suficientes, y si encontrase en el mercado una oferta suficiente – podría obtener también de los particulares. Cuando se habla de derechos sociales fundamentales, por ejemplo, del derecho a la seguridad social, al trabajo, la vivienda y la educación, se hace primariamente referencia a derechos prestacionales en sentido estricto”. ALEXANDER, Robert. *Op. Cit.*, p. 443.

⁶¹¹ Contudo, o caso dos direitos a prestações fáticas reveste-se de uma especial problemática, atinente à escassez de recursos. Sugere-se, assim, a utilização do conceito de *mínimo existencial* como critério para delinear os limites da extensão da legitimidade do Poder Judiciário na concretização de tais direitos, quando a sua efetivação esbarrar na reserva do possível. Para um aprofundamento do tema, ver BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; KRELL, Andreas J. Controle Judicial dos Serviços Públicos Básicos na base dos Direitos Fundamentais Sociais. In: Ingo Wolfgang Sarlet. (Org.). **A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. Sobre o conceito de *mínimo existencial*, difundido na doutrina brasileira de forma pioneira por Ricardo Lobo Torres, ver TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais. **Revista Brasileira de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 177, 1989. e TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial, os Direitos Sociais e a Reserva do Possível. In: Antônio Avelãs Nunes, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. (Org.). **Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

⁶¹² BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade das suas normas**. 8 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 147.

com seus filhos durante o período de amamentação”. Na hipótese de uma presidiária solicitar a permanência com seu filho no período de amamentação e ter o seu pedido negado, não há dúvidas de que caberia mandado de segurança contra a autoridade responsável pelo estabelecimento prisional. No entanto, a inexistência de uma regulamentação adequada, aplicável de forma genérica à penitenciária no tocante às condições de permanência das presidiárias com seus filhos para amamentação, pode, em muitos casos, inviabilizar o exercício desse direito fundamental. Desse modo, se impetrado mandado de injunção, a atribuição de efeitos *erga omnes* poderá dar conta do problema, permitindo o exercício do direito por todas as presidiárias.

Não se pretende, com os exemplos acima expostos, estabelecer critérios fixos e obrigatórios em relação aos efeitos da decisão no mandado de injunção conforme a classificação dos direitos fundamentais segundo Robert Alexy. Registre-se, como se tentou demonstrar, que mesmo direitos que exercem primordialmente a mesma função – e, portanto, que pertencem à mesma classificação – poderão demandar efeitos distintos.

O que se procura evidenciar é que, o afã pela busca de uma única solução ao mandado de injunção significa atrelar-se às concepções de ação e de processo construídas no Estado Legislativo, em que a ação era vista como algo abstrato, desconectado das peculiaridades do direito material e do caso concreto, e ao processo associava-se a idéia de um procedimento único, padronizado, que deveria atender a todas as situações de forma idêntica. À decisão prolatada no mandado de injunção, por conseguinte, podem ser emprestados efeitos *inter partes* ou *erga omnes*, variando conforme as exigências concretas das situações de direito material⁶¹³.⁶¹⁴ Sendo difusos

⁶¹³ Curiosamente, é o autor português Jorge Miranda quem identifica tal peculiaridade no mandado de injunção no direito brasileiro: “no mandado de injunção o tribunal pode emitir as medidas necessárias, de efeito individual ou *erga omnes* consoante os casos”. MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. t. VI. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 299.

⁶¹⁴ Em todos os casos, a superveniência de lei ou ato administrativo que venha a regulamentar o exercício do direito permitirá aos seus titulares o gozo dos seus efeitos, desde que sejam mais benéficos em relação à regulamentação elaborada judicialmente. Nesse influxo, SILVA, José Afonso da. **Mandado de injunção e habeas data**. São Paulo: RT, 1989. p. 50; SOUZA, Luciane Moessa de. *Op. Cit.*, p. 138. Afirmando que a regulamentação superveniente não poderá incidir sobre as situações jurídicas definitivamente constituídas por decisão judicial prolatada em mandado de injunção, TEMER, Michel. O mandado de injunção e seus limites. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 98, 1991. p. 31. De maneira contrária, assinalando que a regulamentação superveniente passa a sobrepor-se aos preceitos definidos a título provisório pelo Poder Judiciário: PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Op. Cit.*, p. 219.

ou coletivos os direitos em questão, não há como se deixar de admitir a atribuição de efeitos *erga omnes* à decisão. O mesmo vale para a natureza da decisão, que deverá se adaptar à tutela do direito reclamado, podendo assumir qualquer das formas possíveis.

É sob esse prisma que deve ser pensado o procedimento do mandado de injunção e a competência para o seu julgamento.

2.5. Procedimento e competência para julgamento do mandado de injunção

Conforme já destacado, para a elaboração da regulamentação do exercício do direito o juiz deverá contar com todas as técnicas processuais que se fizerem necessárias à adequada normatização da situação jurídico-material⁶¹⁵. Todavia, por não haver uma regulamentação infraconstitucional acerca do procedimento do mandado de injunção, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o rito a ser seguido no mandado de injunção seria o mesmo do mandado de segurança⁶¹⁶. Posteriormente, o entendimento foi cristalizado no Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça (art. 216) e positivado no art. 24, § único da Lei nº 8.038/90.

Não obstante, parece evidente que não se deva admitir que o procedimento do mandado de injunção siga, obrigatoriamente, o rito do mandado de segurança. Isso porque, dadas as particularidades próprias do mandado de injunção, um rito célere e simples, de abrangência mais restrita, pode comprometer a conformidade da regulamentação a ser criada pelo Judiciário⁶¹⁷, bem como o necessário diálogo constitucional que empresta legitimidade a uma decisão dessa natureza. Admitindo-se a aplicação do procedimento do mandado de segurança, acaba-se cometendo confusões inclusive quanto aos pressupostos de cabimento de ambas as ações, que se

⁶¹⁵ Luís Roberto Barroso dá o exemplo do direito do trabalhador à participação nos lucros ou resultados (art. 7º, XI, CF), hoje regulamentado pela Lei nº 10.101/2000. Nesse caso, entende o autor que, antes do surgimento da lei, poderia o juiz servir-se do auxílio de um perito, que lhe orientasse acerca de qual percentual do lucro seria razoável distribuir, sem prejuízo das necessidades de reinvestimento, das provisões diversas e das expectativas legítimas de dividendos dos acionistas, bem como da experiência de empresas assemelháveis que adotassem, por convenção ou liberalidade, a participação dos empregados no lucro. BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade das suas normas**. 8 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 165.

⁶¹⁶ STF, MI nº 107-3-DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJU 21.09.1990.

⁶¹⁷ Carlos Ari Sundfeld critica a utilização do procedimento do mandado de segurança no mandado de injunção, afirmando que “o fundamento único para sua aplicação seria a semelhança de nomenclatura (...) o que, convenha-se, é o mesmo que nada”. Assevera, ainda, que: “O mandado de injunção não foi criado para tornar mais ágil a atividade jurisdicional, e sim para fazê-la mais abrangente”. SUNDFELD, Carlos Ari. Mandado de injunção. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 94, abr./jun. 1990. p. 150.

diferem em sua essência, como, por exemplo, exigir-se prova de natureza documentada para a propositura do mandado de injunção⁶¹⁸.

Quando a decisão demandar atribuição de efeitos *erga omnes*, será necessário um amplo processo de participação das partes na construção da norma, devendo ser ouvidos todos os interessados, para que a regulamentação seja elaborada da forma mais democrática e adequada possível, tornando-se inconstitucionais quaisquer restrições à participação das partes no convencimento do juiz.

Desse modo, compreende-se, de maneira bastante simplificada (haja vista que cada caso poderá reclamar um procedimento diferenciado), que nos casos de atribuição de efeitos *erga omnes* à decisão, a melhor solução parece ser a seguinte: (a) o juiz deverá, liminarmente⁶¹⁹, criar a solução adequada à satisfação do direito do titular no caso concreto; (b) sendo a solução criada satisfatória à tutela do direito, poderá a liminar concedida assumir caráter definitivo; (c) em havendo necessidade de elaboração de norma com alcance mais amplo do que a solução provida liminarmente, caberá ao juiz a utilização de todos os meios possíveis para ampliar o debate acerca da criação da norma, promovendo um diálogo constitucional entre todos os interessados, envolvendo os poderes estatais e a sociedade⁶²⁰.

À luz dessa compreensão é que se deve refletir acerca da competência para o julgamento da ação. No que tange a essa temática, importa destacar que a matéria se encontra (des)organizada de uma maneira truncada no texto constitucional⁶²¹. Não há dúvidas de que uma regulamentação legislativa do instituto poderia esclarecer o assunto; contudo, a própria forma como o constituinte previu a competência para

⁶¹⁸ Entendendo necessária essa exigência, MAZZEI, Rodrigo. Mandado de injunção. In: DIDIER JR, Fredie (org.). **Ações Constitucionais**. Salvador: JusPodivm, 2006. p. 147-149.

⁶¹⁹ Considerando cabível a concessão de liminar no mandado de injunção, entre outros, BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade das suas normas**. 8 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 262; MOREIRA, Wander Paulo Marotta. Notas sobre o mandado de injunção. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Mandados de segurança e de injunção**. Estudos de Direito Processual-Constitucional em memória de Ronaldo Cunha Campos. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 418; PUCCINELLI JÚNIOR, André. **A omissão legislativa inconstitucional e a responsabilidade do Estado Legislador**. Saraiva: São Paulo, 2007. p. 183-184.

⁶²⁰ A idéia sobre o diálogo constitucional entre os poderes do Estado é extraída de SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**. 2005. 370f. Tese apresentada para o concurso de provas e títulos para provimento do cargo de Professor Titular. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 340.

⁶²¹ COSTA, Elcias Ferreira da. O objeto e a competência no mandado de injunção. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 104, 1989. p. 61, nota nº 2.

processar e julgar o mandado de injunção pode apresentar óbices a uma tratativa adequada, seja em sede legislativa, seja no âmbito doutrinário.

Conforme nos dá notícia José Afonso da Silva, a questão da competência estava distribuída de forma apropriada entre órgãos jurisdicionais federais até o Projeto de Constituição “B”, aprovado em primeiro turno pela Assembléia Nacional Constituinte. Ao ser encaminhado para a votação em segundo turno, um constituinte apresentou emenda que acabou deformando as regras de competência para processar e julgar o mandado de injunção⁶²².

Ao final, a Constituição vigente tratou do tema em quatro dispositivos, cuja transcrição se mostra necessária para a sua posterior elucidação:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

(...)

q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

(...)

II - julgar, em recurso ordinário:

a) o "habeas-corpus", o mandado de segurança, o "habeas-data" e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão;

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar, originariamente:

(...)

h) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal;

Art. 121. Lei complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais.

(...)

§ 4º - Das decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais somente caberá recurso quando:

(...)

V - denegarem "habeas-corpus", mandado de segurança, "habeas-data" ou mandado de injunção

⁶²² Nas palavras do autor: “Emenda ilegítima, porque modificativa do mérito, inaceitável no segundo turno da votação, mas a Constituinte aprovou, e não há como deixar de reputar válido o texto que resultara afinal aprovado. O texto ficou incoerente e de difícil compreensão”. SILVA, José Afonso da. **Mandado de injunção e habeas data**. São Paulo: RT, 1989. p. 36-37.

Tendo a Constituição mencionado o STF, o STJ e os órgãos da Justiça Militar, Eleitoral, do Trabalho e Federal, o primeiro passo para compreender essa sistemática consiste em esclarecer qual critério determina a competência do STF e qual define a competência do STJ e demais órgãos jurisdicionais.

No entender de José Afonso da Silva, a competência originária do Supremo Tribunal Federal é excepcional e, por isso, de direito estritíssimo, “*porque institui um privilégio de foro em razão da qualidade das pessoas, e, como privilégio fundado em razão especialíssima, tem que ser entendida e assumida no sentido mais limitado possível*”⁶²³. Desta sorte, para o autor, o constituinte utilizou como critério de distribuição de competência originária do STF a qualidade do órgão ou autoridade competente para elaborar a norma regulamentadora (*ratione personae*)⁶²⁴.

Com isso, o que faria do STF competente para julgar a ação, quando o órgão omissor fosse um daqueles descritos no art. 102, I, “q” (Presidência da República, Congresso Nacional, Câmara dos Deputados, etc.), não seria o fato de o órgão estar em mora no tocante à regulamentação do direito, mas sim o privilégio de foro que ele possui quando for parte direta da relação processual⁶²⁵. Assim, se determinado direito constitucional não pudesse ser exercitado por falta de lei de conteúdo trabalhista, a ser elaborada pelo Congresso Nacional, a competência não seria do STF, mas sim da Justiça do Trabalho, caso a parte que devesse cumprir o direito constitucional fosse, por exemplo, o empregador privado, e não o Congresso Nacional.

Tal interpretação decorre também da parte final do art. 105, I, “h” a Constituição, que ao definir a competência do STJ “*quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta*”, faz uma ressalva: o STJ não será competente para julgar a ação quando a competência recair sobre o STF ou sobre os órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal. Ou seja, os órgãos das justiças especializadas, assim como o STF e o STJ, detêm competência

⁶²³ SILVA, José Afonso da. *Op. Cit.*, p. 38.

⁶²⁴ SILVA, José Afonso da. *Op. Cit.*, p. 38-39.

⁶²⁵ SILVA, José Afonso da. *Idem*, p. 39.

para julgar mandado de injunção. Nesses casos, diferentemente do STF, o critério de distribuição de competência seria a matéria (*ratione materiae*), e não a qualidade do impetrado. No que toca à competência dos juízos estaduais, o autor sustenta que a sua definição deve ser estabelecida nas Constituições Estaduais e Leis Orgânicas dos Municípios⁶²⁶, seguindo também o critério material.

A própria Constituição Federal define o que são os órgãos da Justiça Federal, do Trabalho, Eleitoral e Militar: (i) da Justiça Federal, os Tribunais Regionais Federais e os Juízes Federais de primeira instância (art. 106); (ii) da Justiça do Trabalho, o Tribunal Superior do Trabalho, os Tribunais Regionais do Trabalho e os Juízes do Trabalho (art. 111); (iii) da Justiça Eleitoral, o Tribunal Superior Eleitoral, os Tribunais Regionais Eleitorais, os Juízes e Juntas Eleitorais (art. 118); (iv) da Justiça Militar, o Superior Tribunal Militar e os Tribunais e Juízes Militares instituídos por lei (art. 122). Consoante José Afonso da Silva, a competência de tais órgãos, assim como a do STF, terá primazia sobre a competência do STJ.

Em suma, de acordo com o entendimento do autor, a ressalva feita pelo art. 105, I, “h” da CF acaba por instituir a competência originária dos juízos de primeira instância em razão da matéria, ao passo que institui a competência originária do STF e STJ em razão da qualidade dos impetrados, quando determinadas autoridades ou órgãos (descritos, respectivamente, nos arts. 102, I, “q” e 105, I, “h” da CF) figurarem no pólo passivo do mandado de injunção⁶²⁷. A regra, portanto, seria o ajuizamento do mandado de injunção em primeira instância, conforme a matéria (federal, estadual, trabalhista, eleitoral, etc.), excepcionados os casos em que a qualidade do impetrado (Presidente da República, por exemplo) demandar competência originária dos Tribunais Superiores.

Note-se que essa posição coaduna-se com o entendimento do autor em relação à finalidade do mandado de injunção: regulamentar o exercício do direito constitucional no caso concreto. Dessa forma, sendo originariamente competentes os juízes de

⁶²⁶ SILVA, José Afonso da. Mandado de injunção. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Mandados de segurança e de injunção**. Estudos de Direito Processual-Constitucional em memória de Ronaldo Cunha Campos. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 403.

⁶²⁷ SILVA, José Afonso da. *Op. Cit.*, p. 402.

primeira instância, seria facilitado o acesso do titular do direito à prestação jurisdicional. De outra parte, os autores que defendem a atribuição de efeitos *erga omnes* à decisão proferida no mandado de injunção tendem a se posicionar por uma interpretação no sentido de que a competência constitucionalmente definida para o julgamento da ação concentra-se nos Tribunais Superiores, mormente no STF e no STJ.

É o caso de J. J. Calmon de Passos, para quem “a Constituição retirou dos juízes de primeiro grau e tribunais inferiores a competência para processar e julgar o mandado de injunção” e “reservou essa competência para o Supremo, para o Superior e para os outros tribunais superiores”⁶²⁸. Para o jurista, somente os Tribunais Superiores terão competência para julgar o *writ*, cabendo o julgamento ao STF nos casos de omissão dos órgãos e autoridades arrolados no art. 102, I, “q” da CF; aos Tribunais Superiores especializados (TST, TSE e STM) nas hipóteses em que a criação da norma regulamentadora for atribuição de autoridade federal em matéria trabalhista, eleitoral ou militar, respectivamente; e ao STJ quando a matéria a ser regulamentada for atribuição de entidade ou autoridade federal não atinente às esferas especializadas⁶²⁹. Todavia, tal posição encontra obstáculos no próprio texto constitucional, que em seu art. 121, §4º, V, acima transcrito, reconhece a competência dos Tribunais Regionais Eleitorais para julgar o mandado de injunção.

No mesmo influxo, Roberto Pfeiffer advoga que o critério de distribuição de competência para julgar o mandado de injunção decorre da matéria, e não da qualidade da pessoa impetrada, como poderia parecer à primeira vista⁶³⁰. Segundo o autor, que sustenta a atribuição de efeitos *erga omnes* à decisão prolatada do mandado de injunção, a sistemática da competência no mandado de injunção funcionaria da seguinte forma: (i) como o art. 102, I, “q” da CF não faz qualquer ressalva, a competência para julgar o *mandamus* será do STF sempre que o órgão omissor for um

⁶²⁸ PASSOS, J. J. Calmon de. **Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data (constituição e processo)**. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 113-114.

⁶²⁹ PASSOS, J. J. Calmon de. *Op. Cit.*, p. 114. Quanto à referência d art. 105, I, “h” da CF à Justiça Federal, afirma o autor que ficou sem objeto, de modo que não se deferiu aos Tribunais Regionais Federais competência para julgar o mandado de injunção. A posição é refutada por Roberto Pfeiffer, como se verá a seguir.

⁶³⁰ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Mandado de injunção**. São Paulo: Atlas, 1999. p. 132.

daqueles definidos no dispositivo citado (independentemente da matéria e da presença do órgão no pólo passivo da demanda); (ii) pela ressalva feita no art. 105, I, “h” da CF, quando o dever de regulamentar o exercício do direito constitucional recair sobre autoridade federal, é preciso analisar a matéria suscitada no mandado de injunção: sendo matéria trabalhista, eleitoral ou militar, a competência será dos respectivos Tribunais Superiores (TST, TSE ou STM); se a matéria não adentrar no âmbito das justiças especializadas, a competência será do STJ.

Quanto à ressalva feita à Justiça Federal pelo art. 105, I, “h” da CF, entende o autor que ela tem apenas o condão de autorizar que lei posterior especifique a competência dos órgãos da Justiça Federal, hipótese em que a competência do STJ será ainda mais residual, por força da própria disposição constitucional⁶³¹.

Analizando a forma como o assunto restou consignado na atual conformação da Constituição, bem como as posições da doutrina, parece inegável que, independentemente da matéria, o STF será competente para julgar o mandado de injunção quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal. Entender de forma diferente seria contrariar a literalidade do próprio texto constitucional.

No entanto, de acordo com o posicionamento adotado neste trabalho, parece não ser esse o melhor critério de distribuição de competência para o mandado de injunção. Ora, se aqui se defende que a finalidade do mandado de injunção consiste na tutela do direito constitucional subjetivo – o que pode demandar atribuição de efeitos *inter partes* ou *erga omnes* à decisão, como já visto – faz-se imperioso refletir acerca de qual órgão jurisdicional deve ser competente para julgar a ação em cada caso.

Dada a hodierna configuração do texto constitucional, a forma mais adequada de readaptar a competência de julgamento do mandado de injunção para imprimir-lhe a máxima efetividade talvez seja a aprovação de emenda constitucional, alterando a redação dos dispositivos que tratam do assunto. Assim, nos casos de decisão com

⁶³¹ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Op. Cit.*, p. 135.

efeitos *inter partes*, a posição de José Afonso da Silva acima explanada seria a mais apropriada, competindo aos juízes de primeira instância processar e julgar os mandados de injunção, observados os critérios de distribuição de competência conforme a matéria (estadual, federal, trabalhista, eleitoral e militar).

Se, por outro lado, o impetrante postular a atribuição de efeitos *erga omnes* à decisão, como nos exemplos trazidos à baila no tópico anterior, a competência originária seria dos Tribunais Superiores (STJ, TST, TSE e STM), de acordo com a matéria em questão. A competência do STJ continuaria sendo residual e o STF continuaria sendo competente para julgar o mandado de injunção nos casos de omissão dos órgãos ou autoridades hoje arrolados no art. 102, I, “q”; contudo, a competência originária desses Tribunais só se verificaria nos casos de atribuição de efeitos *erga omnes* à decisão. Deste modo, concentrando nos Tribunais Superiores a competência para atribuir efeitos *erga omnes* às decisões, afasta-se qualquer risco de existir duas decisões conflitantes, ambas dotadas de efeitos contra todos.

Em relação às decisões com efeitos restritos entre as partes, há a crítica de que a competência difusa para julgar o mandado de injunção poderia ferir o princípio da isonomia, pois dois titulares do mesmo direito constitucional teriam diferentes regulamentações do seu exercício. Deve-se pontuar, no entanto, que tais disparidades são inerentes ao controle difuso de constitucionalidade, seja por ação, seja por omissão. Não parece ser diferente essa situação daquela em que, ao exercer o controle difuso de constitucionalidade por ação, um juiz de primeira instância declara inconstitucional a aplicação de determinada lei no caso concreto, e outro juiz, tratando de situação idêntica, considera constitucional o mesmo dispositivo. Em ambos os casos, o magistrado irá levar em conta as peculiaridades do caso concreto, o que poderá exigir tratamentos diferenciados.

No que tange à competência recursal, os Tribunais Regionais e Tribunais de Justiça seriam competentes para julgar recursos interpostos das decisões de primeira instância, e manter-se-ia a competência conferida ao STF pelo art. 102, II, “a”, para julgar os recursos interpostos das decisões denegatórias dos Tribunais Superiores.

CONCLUSÃO

Ao longo desta empreitada, foram diversas as conclusões a que se pôde chegar⁶³², razão pela qual, neste momento de encerramento, opta-se por retomar somente algumas das questões de maior relevância para o desfecho desta pesquisa.

O tema central em torno do qual giraram as atenções deste estudo foi a concretização jurisdicional de direitos fundamentais. Em relação a esses direitos, observou-se que, no panorama jurídico atual, o seu conteúdo figura como fundamento do Estado Constitucional de Direito e, por conseqüência, do próprio ordenamento jurídico, de modo que a efetivação prática dos direitos fundamentais tornou-se, hodiernamente, condição de legitimidade do Estado contemporâneo.

Com a transição do Estado Legislativo para o Estado Constitucional, o direito deixou de ser considerado a partir do fundamento da validade formal da norma, passando a ser concebido com base na sua legitimidade, vale dizer, na correspondência e harmonia das normas jurídicas com as disposições constitucionais, que além de deter força normativa e hierarquia suprema, juridicizam os valores de maior essencialidade de uma sociedade, albergando os princípios de justiça material na forma de mandamentos constitucionais.

As Constituições deixam de prever apenas direitos de liberdade, impositivos de condutas omissivas do Poder Público, e começam a estabelecer direitos que exigem prestações positivas para sua efetivação, sejam fáticas ou normativas, visando à promoção da igualdade material entre os cidadãos e à justiça social. Tais direitos, no entanto, demandam muitas vezes uma regulamentação no plano infraconstitucional para alcançarem efetividade, de modo que a inércia estatal pode significar a corrosão dessas posições jurídicas fundamentais. São situações em que a omissão normativa do Estado, seja legislativa, seja administrativa, implica na inviabilização do exercício de direitos constitucionalmente assegurados.

A Constituição brasileira de 1988, de forma inédita tanto no direito pátrio quanto no direito comparado, instituiu um instrumento jurídico-processual apto a

⁶³² Embora a maior parte delas tenha se apresentado mais como um ponto de partida do que propriamente como um ponto de chegada.

coibir tais situações. Atentando-se para um problema reincidente no plano do direito material (impossibilidade de exercício de direitos constitucionais por falta de regulamentação), o constituinte pôs a serviço dos cidadãos o mandado de injunção, instituto processual destinado justamente à resolução desse problema, com vistas à realização efetiva dos direitos fundamentais.

Porém, durante muito tempo, essa garantia fundamental recebeu um tratamento ingrato da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, de sorte que, em razão de uma construção interpretativa conservadora, o mandado de injunção *morreu na contramão* da evolução da dogmática constitucional, *atrapalhando o tráfego* das propostas jurídicas de efetivação dos direitos fundamentais. A interpretação originária do STF, de que o instituto serviria apenas para provocar o Judiciário a declarar a mora do Poder Público e dar ciência ao órgão ou autoridade competente para a elaboração da norma faltante revelou-se inócua, tornando inútil o instrumento. Viu-se, contudo, que a referida concepção estava atrelada a compreensões imersas num paradigma ultrapassado: o paradigma do Estado Legislativo.

Na época do Estado Legislativo, o direito era compreendido a partir de uma matriz positivista, visto unicamente sob o prisma procedimental e despido de qualquer valoratividade. O seu fundamento estava na validade formal da norma, de modo que apenas as posições jurídicas definidas em lei poderiam ser judicialmente reivindicadas. Os direitos previstos em disposições constitucionais reclamavam concretização legislativa para poderem produzir os seus efeitos, sem a qual não passariam de meras aspirações políticas.

A partir da análise da posição originariamente assumida pelo STF frente ao mandado de injunção, pôde-se inferir que a concepção de Constituição e direitos fundamentais que subjazia a tal entendimento só poderia ser aquela compartilhada pelo Estado Legislativo: se os direitos fundamentais, albergados no corpo constitucional, dependem de lei para serem passíveis de tutela jurisdicional, infere-se que as disposições constitucionais carecem de força normativa, sendo vedado ao juiz, conseqüentemente, concretizar os direitos definidos em normas constitucionais que reclamam regulamentação.

O mesmo se diga em relação à concepção de jurisdição do Estado Legislativo. Sua função resumia-se a atuar a vontade concreta da lei, sendo proibido ao juiz concretizar direitos cujos contornos não estivessem legalmente definidos. Adotava-se uma doutrina de rígida separação entre os poderes do Estado, cabendo à jurisdição tão-somente pronunciar as palavras da lei. Se determinado direito estivesse definido na Constituição, mas exigisse regulamentação legislativa para o seu exercício, o Judiciário estaria impedido de efetivá-lo.

Pensando-se novamente na interpretação que o STF atribuiu inicialmente ao mandado de injunção, percebe-se ter sido essa a concepção de jurisdição adotada pela Corte. Frente à falta de norma regulamentadora do exercício de direitos constitucionais e de previsão legislativa para o suprimento da omissão estatal, a Suprema Corte posicionou-se pela impossibilidade de a jurisdição tutelar efetivamente os direitos fundamentais. Significa dizer que, consoante tal entendimento, os mandamentos constitucionais definidores de direitos fundamentais estariam dirigidos somente ao Legislativo e ao Executivo, vedando-se à jurisdição a sua interpretação e concretização quando da ausência de regulamentação.

Ademais, a posição originária do Supremo Tribunal quanto ao instituto revelou um apego à concepção de ação consolidada no Estado Legislativo. Com a escola chiovendiana, buscou-se afirmar a autonomia da ação em relação ao direito substancial, o que acabou por isolá-la do plano material. Assim, acreditou-se que a ação deveria ser abstrata e regida por um procedimento único, sem a necessidade de vincular procedimentos diferenciados que se adequassem às exigências de tutela do direito material. A mesma ação padronizada deveria ser aplicada a toda e qualquer situação que exigisse tutela jurisdicional.

Seguindo essa racionalidade, o mandado de injunção foi pensado como uma ação abstrata, desconectada das necessidades do direito material, a qual deveria seguir, em qualquer caso, um procedimento único, desconsiderando as especificidades da situação jurídico-material que demandou a sua impetração. Para qualquer direito cujo exercício estivesse obstado pela falta de norma regulamentadora, a resposta dada pela

jurisdição seria a mesma, o procedimento adotado seria idêntico, ainda que as situações concretas pudessem ser totalmente distintas.

Nada obstante, as significativas transformações operadas nas concepções de Constituição, jurisdição, ação e processo com a passagem do Estado Legislativo para o Estado Constitucional exigem uma releitura do instituto no direito pátrio, já que as *quatro paredes sólidas erguidas no patamar* por essa transição paradigmática constituem alicerces para a construção de uma outra configuração jurídica do mandato de injunção no direito brasileiro.

A Constituição passa a ser compreendida como fonte por excelência do direito, situando-se no mais alto patamar hierárquico do ordenamento jurídico e revestindo-se de força normativa suprema. Suas disposições cristalizam os valores mais importantes partilhados pela sociedade a que se destina, o que empresta legitimidade ainda maior à sua supremacia. Com isso, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição tornam-se, eles próprios, condição de validade das demais leis, pelo fato de dirigirem-se em maior ou menor grau à proteção da pessoa humana e à promoção da sua dignidade, sobrelevando a sua importância na ordem jurídica.

A concretização jurisdicional de tais direitos, por conseguinte, deixa de exigir regulamentação infraconstitucional, pois do contrário estar-se-ia negando a primazia das normas constitucionais e favorecendo as disposições legislativas. Na ausência de lei especificando como se dará o exercício de determinado direito fundamental, recai sobre a jurisdição o dever de lhe dar concretude, visto que as normas constitucionais dirigem-se ao Estado como um todo (Legislativo, Executivo e Judiciário) e à sociedade. Transforma-se, assim, a concepção de jurisdição, que abandona a função de dizer a vontade da lei e assume a tarefa de efetivar os direitos fundamentais.

Nessa toada, o Direito Processual Civil conforma-se aos novos cânones trazidos por essas compreensões de direito, Constituição e jurisdição. A ação e o processo, que à época do positivismo jurídico pretendiam afastar-se cada vez mais no direito material, tornando-se abstratos e indiferentes às particularidades de cada caso, colocam-se em uma relação de integração com o plano substancial, atentando-se às peculiaridades da realidade social.

A ação passa a exigir um procedimento adaptado às necessidades do direito material, e o processo impõe ao juiz e ao legislador a fixação das técnicas processuais adequadas às exigências da realidade fática. Tal alteração implica a impossibilidade de se utilizar um procedimento único, abstrato, a toda e qualquer situação de direito material. A análise do caso concreto, da natureza do direito substancial em questão, torna-se imprescindível para a construção da ação e do procedimento idôneos à tutela dos direitos.

Foi com fulcro nessa racionalidade, destacada desde a “Advertência Metodológica” feita no início deste trabalho, que se buscou apontar para alguns elementos capazes de construir uma configuração jurídica distinta ao mandado de injunção no direito brasileiro, colocando-se *tijolo com tijolo num desenho mágico*. Esse importante instrumento processual deve ter seus contornos definidos de acordo com a natureza do direito constitucional que reclamou a sua utilização, não se podendo estabelecer de forma hermética e *a priori* qual a natureza da decisão proferida no mandado de injunção, ou quais os efeitos que lhe devem ser atribuídos. Tudo dependerá das exigências do direito postulado.

No que toca aos direitos fundamentais, ressaltou-se, com esteio em Robert Alexy, que são variadas as funções por eles desempenhadas (de defesa, de proteção, de prestação fática, etc.), o que reforça o argumento de que as necessidades do direito material podem demandar procedimentos e técnicas processuais diferenciadas para a sua tutela. O mandado de injunção deverá, portanto, adequar-se às especificidades do direito constitucional que suscitou a sua impetração.

Diante do exposto, conclui-se que (i) os direitos fundamentais previstos em disposições constitucionais de baixa densidade normativa, quando necessitarem de regulamentação infraconstitucional para produzirem seus efeitos, devem ser tutelados pela jurisdição, uma vez que as disposições constitucionais são dotadas de força vinculante e hierarquia suprema; (ii) a jurisdição, mesmo na ausência de lei ou do ato normativo da Administração Pública, tem o dever de efetivar os direitos fundamentais, recaindo sobre o juiz a função de tutelá-los quando quedarem inertes o legislador ou o administrador; (iii) o mandado de injunção deve ser encarado dentro da concepção de

ação consolidada pelo Estado Constitucional, ou seja, como instrumento de tutela efetiva do direito material, razão pela qual os seus contornos jurídico-processuais devem ser definidos a partir das particularidades que o direito fundamental reclamar no caso concreto; (iv) o juiz, para tutelar adequadamente os direitos fundamentais não-regulamentados, deverá lançar mão das técnicas processuais idôneas à ótima satisfação da situação jurídico-material, podendo atribuir à decisão judicial prolatada no mandado de injunção efeitos *erga omnes* ou *inter partes*, conforme as exigências específicas do direito reclamado.

Com a radical mudança do posicionamento do Supremo Tribunal Federal no que tange ao instituto, bem como com os avanços perpetrados pela doutrina durante os vinte anos da Constituição Federal de 1988, parece estar-se caminhando para uma nova construção do mandado de injunção, em harmonia com as concepções jurídicas contemporâneas trazidas pelo Estado Constitucional. No entanto, há ainda muito a ser construído, consistindo tais avanços apenas nos primeiros passos de uma longa caminhada em direção à realização plena dos direitos fundamentais.

A presente monografia procurou, dessa maneira, partir dos fundamentos consolidados pelo paradigma jurídico do Estado Constitucional, para apontar elementos úteis a contribuir com a nova construção do mandado de injunção que tem sido empreendida pela doutrina e jurisprudência contemporâneas. E com isso, auxiliar na fabricação de uma embarcação mais segura para a tormentosa jornada em busca da *ilha desconhecida*, sempre compreendida como a aproximação entre o discurso teórico e a efetivação prática dos direitos humanos e fundamentais⁶³³.

⁶³³ FACHIN, Melina Girardi. **Direitos humanos e fundamentais: do discurso teórico à prática efetiva** – um olhar por meio da literatura. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2007. p. 18.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKEL FILHO, Diomar. **Writs constitucionais**: “habeas corpus”, mandado de segurança, mandado de injunção, “habeas data”. São Paulo: Saraiva, 1988.

ALEXANDRE, A. R. B.; CAVICHIOLI, R. S.; GONÇALVES, M. R. G.; GUANDALINI JUNIOR, W.; ROSA JUNIOR, E. L.; SCHWIND, R. W.; WIETZIKOSKI, C. V. G.; WOCZIKOSKY, A.V.G. O direito e a estrutura das revoluções científicas. **Revista Jurídica Themis**, Curitiba, nº 14, p. 151 – 176, 2002/2003.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

AMARAL JUNIOR, Alberto do. **A Proteção do Consumidor no Contrato de Compra e Venda**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Livraria Almedina, 1987.

ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 777, 19 ago. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7177>>. Acesso em: 09 fev. 2007.

_____. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: RT, 2003.

ARRUDA JUNIOR, Edmundo Lima de; GONÇALVES, Marcus Fabiano. **Fundamentação ética e hermenêutica: alternativas para o direito**. Florianópolis: CESUSC, 2002.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Método e hermenêutica material no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (coord.); BLANCHET, Luiz Alberto. (coord.). **Serviços Públicos**: Estudos Dirigidos. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

_____. A natureza contratual das concessões e permissões de serviço público do Brasil. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (coord.); BLANCHET, Luiz Alberto. (coord.). **Serviços Públicos: Estudos Dirigidos**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

_____. Dignidade da pessoa humana, garantia dos direitos fundamentais, direito civil, direitos humanos e tratados internacionais. In: Instituto de Direito Administrativo de Goiás - IDAG; Fabrício Motta. (Org.). **Direito Público Atual: estudos em homenagem ao Professor Nelson Figueiredo**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

_____. **Direito Administrativo e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Forum, 2007.

_____. **Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. El procedimiento y el Proceso Administrativo em el Sistema Jurídico Brasileño. In: SALOMONI, Jorge Luis (org.); BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (org.); SESIN, Domingo Juan (org.). **Ordenamientos internacionales y ordenamientos administrativos nacionales: jerarquia, impacto y derechos humanos**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006.

_____. O controle da administração pública. In: FARÍAS, Germán Cisneros (coord.); RUIZ, Jorge Luiz Fernandes (coord.); OLVERA, Miguel Alejandro Lopez (coord.). **Control de la administración pública**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2007.

_____. O poder normativo dos entes reguladores e a participação dos cidadãos nesta atividade. Serviços públicos e direitos fundamentais: os desafios da regulação na experiência brasileira. **Interesse Público**, v. 16, 2002.

_____. O serviço público. In: DELPIAZZO, Carlos E. (coord.). **Estudios Jurídicos em Homenaje ao Prof. Mariano R. Brito**. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2008.

_____. **Processo Administrativo Disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

_____. Responsabilidade Civil da Administração Pública – Aspectos Relevantes. A Constituição Federal de 1988. A Questão da Omissão. Uma Visão a partir da Doutrina e da Jurisprudência Brasileiras. In: FREITAS, Juarez (org.). **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006.

BACHOF, Otto. **Jueces y Constitución**. Madrid: Civitas, 1985.

BARBI, Celso Agrícola. Mandado de injunção. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Mandados de segurança e de injunção**. Estudos de Direito Processual-Constitucional em memória de Ronaldo Cunha Campos. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. Mandado de injunção. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 637, 1988.

BARBOSA, Rui. **Commentários à Constituição Federal Brasileira**. v. II. São Paulo: Saraiva & Cia, 1933.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. A doutrina brasileira da efetividade. In: BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. Mandado de injunção. Perfil doutrinário e evolução jurisprudencial. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 191, jan./mar. 1993.

_____. **O direito constitucional e a efetividade das suas normas**. 8 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 232, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____; BRITTO, Carlos Ayres. **Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1982.

BERMUDES, Sérgio. O mandado de injunção. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, nº 642, 1989.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 1995.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. O Conceito de Dignidade Humana: Substrato Axiológico e Conteúdo Normativo. In: Ingo Wolfgang Sarlet. (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADIn por omissão 1458, j. 23.05.1996, Rel. Min. Celso de Mello.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, MI nº 107-3-DF (QO), Min. Moreira Alves, j. 23.11.1989.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, MI nº 107-3-DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJU 21.09.1990.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, MI nº 168-5-RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 20.4.1990).

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, MI nº 232-1-RJ, Rel. Min. Moreira Alves, DJU 27.03.1992.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, MI nº 283-5-DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 14.11.1991.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, MI nº 284-3-DF, Rel. para o acórdão Min. Celso de Mello, DJU 26.06.1992.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, MI nº 347-5-SC, Rel. Min. Néri da Silveira, DJU 08.04.1994.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, MI nº 361-1-RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 17.06.1994.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, MI nº 395-5-PR (QO), Rel. Min. Moreira Alves, DJU 11.09.1992.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, MI nº 712-7-DF, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU 30.11.2007.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, MI nº 712-8-PA, Rel. Min. Eros Grau, DJU 23.11.2007.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, MI nº 758-DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 1º.07.2008.

BREUS, Thiago Lima. **Políticas públicas no Estado Constitucional**: problemática da concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Le Pouvoir des Juges**. Articles choisis de droit judiciaire et constitutionnel comparé. Paris: Ed. Economica, 1990.

_____. Montesquieu abandonne? Developpement et légitimité de la “justice constitutionnelle”. In: CAPPELLETTI, Mauro. **Le Pouvoir des Juges**. Articles choisis de droit judiciaire et constitutionnel comparé. Paris: Ed. Economica, 1990.

_____. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1999.

CARRAZZA, Roque Antonio. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, n. 3, 1993.

CHALMERS, Alan F. **O que é ciência afinal?** Trad. Raul Fiker. São Paulo: Brasiliense, 1993.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1969. p. 55.

_____. **Instituições de direito processual civil**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1965.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

_____. A teoria constitucional e o direito alternativo (para uma dogmática constitucional emancipatória). In: Carlos Henrique de Carvalho Filho. (Org.). **Uma vida dedicada ao Direito. Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho**. O editor dos juristas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. **Atividade legislativa do Poder Executivo**. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

COELHO, Inocêncio Mártires. Sobre a aplicabilidade da norma constitucional que instituiu o mandado de injunção. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 104, 1989.

COSTA, Elcias Ferreira da. O objeto e a competência no mandado de injunção. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 104, 1989.

COSTA, José Rubens. O mandado de injunção como norma garantidora dos direitos sociais. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Mandados de segurança e de injunção**. Estudos de Direito Processual-Constitucional em memória de Ronaldo Cunha Campos. São Paulo: Saraiva, 1990.

CRUZ, Luana (org.). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CUNHA, Alcides Munhoz da. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 11. Do Processo Cautelar: arts. 796 a 812. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

DALLARI, Adílson de Abreu. Direito ao uso dos serviços públicos. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 13, 1996.

DELPIAZZO, Carlos E. (coord.). **Estudios Jurídicos em Homenaje ao Prof. Mariano R. Brito**. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: RT, 1987.

DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DOBROWOLSKI, Sílvio. Os meios jurisdicionais para conferir eficácia às normas constitucionais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 643, 1989.

DUARTE, Marcelo. Mandado de injunção. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 110, 1991.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ENTERRÍA, Eduardo García de. **La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional**. Madrid: Civitas, 1985.

FACHIN, Melina Girardi. **Direitos humanos e fundamentais: do discurso teórico à prática efetiva – um olhar por meio da literatura**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2007.

_____. Todos os Nomes e um só Sentido: a Aproximação dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais tendo em vista sua Efetivação Prática. **Revista Brasileira de Direito Internacional**, v. 3, 2006.

FARÍAS, Germán Cisneros (coord.); RUIZ, Jorge Luiz Fernádes (coord.); OLVERA, Miguel Alejandro Lopez (coord.). **Control de la administración pública**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2007.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5. ed. São Paulo: RT, 2004.

_____. **Normas constitucionais programáticas: normatividade, efetividade, operacionalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Conflito entre poderes**. O Poder Congressual de sustar atos normativos do Poder Executivo. São Paulo: Editora RT, 1994.

_____. Inconstitucionalidade por omissão: uma proposta para a Constituinte. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 89, 1989.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo**, nº 29, 1988.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

FISS, Owen. **Um novo Processo Civil: estudos norte-americanos sobre Jurisdição, Constituição e sociedade**. São Paulo: RT, 2004.

FLORES, Joaquín Herrera. Hacia una visión compleja de los derechos humanos. In: _____. (coord.). **El vuelo de Anteo: derechos humanos y crítica da la razón liberal**. Bilbao: Desclée, 2000.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica**. São Paulo: LTr, 2002.

FREITAS, Juarez (org). **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006.

GARBI, Carlos Alberto. O silêncio inconstitucional. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 97, 1991.

GARCIA, José Carlos Cal. Mandado de injunção. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 88, 1988.

GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente al gobierno**. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial. Barcelona: Editorial Ariel, 1996.

GEBRAN NETO, João Pedro. **A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais**: a busca de uma exegese emancipatória. São Paulo: RT, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. Anotações sobre o mandado de injunção. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 647, 1989.

GORDILLO, Agustín. **Princípios gerais de direito público**. São Paulo: RT, 1977.

GRAU, Eros Roberto. **A constituinte e a constituição que teremos**. São Paulo: RT, 1985.

_____. **A ordem econômica da Constituição de 1988**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **O direito posto e o direito pressuposto**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GRECO FILHO, Vicente. **Tutela constitucional das liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1989.

GUIMARÃES, Ulysses. **A Constituição Cidadã**. Discurso pronunciado pelo Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, Deputado Ulysses Guimarães, na Sessão 27 de julho de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_62/panteao/panteao.htm. Acesso em 06 ago. 2008.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOLANDA, Chico Buarque. **Construção**. Canção interpretada pelo compositor. Álbum: Construção. Direção de Produção e Estúdio: Roberto Menescal. Direção de Musical: Magro. Estúdio Phonogram, 1971.

IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios 2005-2006. Disponível em:

<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2006/sintese/tab3_10.pdf>. Acesso em 06 ago. 2008.

KRELL, Andreas J. Controle Judicial dos Serviços Públicos Básicos na base dos Direitos Fundamentais Sociais. In: Ingo Wolfgang Sarlet. (Org.). **A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

KUHN, Thomas S. **The Structure of Scientific Revolutions**. Chicago: University of Chicago Press, 1962.

LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. **Hermenêutica e Direito: uma possibilidade crítica**. Curitiba: Juruá, 2002.

LUDWIG, Celso Luiz. **A alternatividade jurídica na perspectiva da libertação: uma leitura a partir da filosofia de Enríque Dussel**. 154f. 1993. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

_____. **Los derechos fundamentales**. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

MACIEL, Adhemar Ferreira. Mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Mandados de segurança e de injunção**. Estudos de Direito Processual-Constitucional em memória de Ronaldo Cunha Campos. São Paulo: Saraiva, 1990.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. In: CRUZ, Luana (org.). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: RT, 2004.

_____. **Teoria geral do processo**. São Paulo: RT, 2006.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. **Execução**. São Paulo: RT, 2007.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento**. 5. ed. São Paulo: RT, 2006.

MARTÍN, Nuria Belloso. **El control democrático del poder judicial en España**. Curitiba: Universidad de Burgos/Moinho do Verbo, 1999.

MAZZEI, Rodrigo. Mandado de injunção. In: DIDIER JR, Fredie (org.). **Ações Constitucionais**. Salvador: JusPodivm, 2006.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. Eficácia das Normas Constitucionais sobre a Justiça Social. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 57/58, 1981.

MELLO, Celso de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo. **Arquivos de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. 2. ed. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. t. VI. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967 (Com a Emenda nº 1 de 1969)**. v. I. 2. ed. São Paulo: RT, 1970.

MODESTO, Paulo Eduardo Garrido. Inconstitucionalidade por omissão (categoria jurídica e ação constitucional específica). **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 97, jan./mar. 1991.

MONTESQUIEU. De l'esprit des lois. In: **Oeuvres Complètes**. Paris: Seuil, 1964.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Mandado de injunção. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 56, out./dez. 1989.

_____. Notas sobre o problema da “efetividade” do processo. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de Direito Processual**: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. **Temas de Direito Processual**: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984.

MOREIRA, Wander Paulo Marotta. Notas sobre o mandado de injunção. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Mandados de segurança e de injunção**. Estudos

de Direito Processual-Constitucional em memória de Ronaldo Cunha Campos. São Paulo: Saraiva, 1990.

MORO, Sérgio Fernando. **Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito: do estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito**. Coimbra, 1987. 233f. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Coimbra.

NUNES, António Avelãs Nunes, COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A natureza do mandado de injunção. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 56, 1989.

_____. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais: anuário 2004/2005**. v. I. t. II. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura / Livraria do Advogado, 2006.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. **Mandado de injunção: da inconstitucionalidade por omissão, enfoques trabalhistas, jurisprudência**. 2. ed. São Paulo: RT, 2004.

OLIVEIRA, Herzeleide Maria Fernandes de. O mandado de injunção. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 100, 1988.

OLIVEIRA, Régis Fernandes. Instrumentos brasileiros de defesa e participação dos administrados. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 677, 1992.

PACHECO, José da Silva. **O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas**. 4. ed. São Paulo: RT, 2002.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle dos atos de governo pela jurisdição**. São Paulo: RT, 2004.

PASSOS, J. J. Calmon de. **Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data (constituição e processo)**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Mandado de injunção**. São Paulo: Atlas, 1999.

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional** – um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

PIOVESAN, Flávia. Constituição e transformação social: a eficácia das normas constitucionais programáticas e a concretização dos direitos e garantias fundamentais. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n. 37, 1992.

_____. **Direitos humanos e justiça internacional**: um estudo comparado dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Proteção judicial contra omissões legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

PUCCINELLI JÚNIOR, André. **A omissão legislativa inconstitucional e a responsabilidade do Estado Legislador**. Saraiva: São Paulo, 2007.

QUARESMA, Regina. **O mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão**: teoria e prática. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. **Revista Interesse Público**, n. 4, 1999.

RODRIGUEZ, Jose Julio Fernandez. **La inconstitucionalidade por omisión**. Teoria general. Derecho comparado. El caso español. Madrid: Editorial Civitas, 1998.

SALOMONI, Jorge Luis (org.); BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (org.); SESIN, Domingo Juan (org.). **Ordenamientos internacionales y ordenamientos administrativos nacionales**: jerarquia, impacto y derechos humanos. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006.

SANTOS, Aricê Moacyr Amaral. **O mandado de injunção**. São Paulo: RT, 1989.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. São Paulo: Cortez, 2000.

_____. **Do Pós-Moderno ao Pós-Colonial. E para além de um e outro**. Texto apresentado na Conferência de Abertura do VIII Congresso Luso-Afro-Brasileiro de Ciências Sociais. Coimbra, 16 a 18 de Setembro de 2004. p. 1-2. Disponível em: <http://www.ces.fe.uc.pt/misc/Do_pos-moderno_ao_pos-colonial.pdf> Acesso em: 17 set. 2006.

SARAIVA, Paulo Lopo. O mandado de injunção, os direitos sociais e a justiça constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 108, 1990.

SARAMAGO, José. **O conto da ilha desconhecida**. São Paulo: Cia das Letras, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**: anuário 2004/2005. v. I. t. II. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura / Livraria do Advogado, 2006.

_____. (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

_____. (org.). **A Constituição Concretizada**: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. v. 4, jul-dez 2004. São Paulo: ESDC, 2004.

SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: MELLO, Celso de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo. **Arquivos de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, Anabelle Macedo. **Concretizando a Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SILVA, Jorge Pereira da. **Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas**: contributo para uma teoria da inconstitucionalidade por omissão. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2003.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 212, 1998.

_____. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Mandado de injunção e habeas data**. São Paulo: RT, 1989.

_____. Mandado de injunção. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Mandados de segurança e de injunção**. Estudos de Direito Processual-Constitucional em memória de Ronaldo Cunha Campos. São Paulo: Saraiva, 1990.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**. 2005. 370f. Tese apresentada para o concurso de provas e títulos para provimento do cargo de Professor Titular. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

SILVA, Volney Zamenhof de Oliveira. **Lineamentos do mandado de injunção**. São Paulo: RT, 1993.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Mandado de injunção: efeitos da decisão e âmbito de incidência. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, n. 7, jul. 2007,

SOUZA, Luciane Moessa de. **Normas constitucionais não-regulamentadas: instrumentos processuais**. São Paulo: RT, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. Uma Nova Crítica ao Direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari. Mandado de injunção. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 94, abr./jun 1990.

TÁCITO, Caio. O direito à espera da lei. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 181-182, jul./dez. 1990.

TAVARES, André Ramos. A superação da doutrina tripartite dos “poderes” do Estado. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, n. 29, 1999.

_____. Princípio da consubstancialidade parcial dos direitos fundamentais na dignidade do homem. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. v. 4, jul-dez 2004. São Paulo: ESDC, 2004.

TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

TEIXEIRA, João Horácio Meirelles. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (org.). **Mandados de segurança e de injunção**. Estudos de Direito Processual-Constitucional em memória de Ronaldo Cunha Campos. São Paulo: Saraiva, 1990.

TEMER, Michel. Mandado de injunção e seus limites. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 98, 1991.

TORNAGHI, Hélio. O mandado de injunção. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 306, 1989.

TORRES, Ricardo Lobo. O mandado de injunção e a legalidade financeira. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 187, 1992.

_____. O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais. **Revista Brasileira de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 177, 1989.

_____. O Mínimo Existencial, os Direitos Sociais e a Reserva do Possível. In: Antônio Avelãs Nunes, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. (Org.). **Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério. **Constituição de 1988 e processo**. São Paulo: Saraiva, 1989.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **A construção de uma garantia constitucional: compreensão da Suprema Corte quanto ao mandado de injunção**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. **Pensamento sistêmico: O novo paradigma da Ciência**. Campinas: Papirus, 2002.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. As novas garantias constitucionais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: n. 644, 1989.

_____. A nova feição do mandado de injunção. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 2., 1993.

VILE, M. J. C. **Constitucionalismo y separación de poderes**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder judiciário: crises, acertos e desacertos**. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Ley, derechos, justicia. Madrid: Trotta, 1999.